Zur rechtlichen Natur

der

Personenbeförderung auf Eisenbahnen.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOCTORWÜRDE

GENEHMIGT

VON DER JURISTISCHEN FACULTÄT

DER

FRIEDRICH-WILHELMS-UNIVERSITÄT ZU BERLIN

UND

ZUGLEICH MIT DEN ANGEHÄNGTEN THESEN

ÖFFENTLICH ZU VERTEIDIGEN

am 19. April 1894

von

Heinrich Göppert

Kammergerichts-Referendar.

OPPONENTEN:

Hr. Franz Roge, Kammergerichts-Referendar.
- Emil Hallensleben, Kammergerichts-Referendar.
- Dr. jur. Robert von Simson, Kammergerichts-Referendar.

Berlin.

Buchdruckerei von Gustav Schade (Otto Francke), Berlin N.

Linienstr. 158.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535723_0033

Herrn Geh. Justizrat Professor Dr. Ernst Eck

zu Berlin

in dankbarer Ergebenheit

zugeeignet.

Das Wesen der Beförderung ist Ortsveränderung. Nach dem Gegenstand der Beförderung unterscheidet man Sach- und Personenbeförderung. Personenbeförderung ist die Fortschaffung von Personen von einem Ort zum anderen[1]). —

Unter Eisenbahn versteht man eine Einrichtung, welche dazu dient, mittels Fahrzeugen auf eigens dazu hergerichteten eisernen Schienenbahnen Personen oder Sachen zu befördern[2]). Die Arten der Eisenbahnen sind mannichfaltig. An erster Stelle stehen die dem grossen Verkehr dienenden Dampfeisenbahnen.

Die vorliegende Arbeit bringt einige Untersuchungen über die rechtliche Natur der Personenbeförderungsgeschäfte, wie sie durch diese Dampfeisenbahnen betrieben werden, und zwar unter Berücksichtigung des Eisenbahnrechts, welches in Preussen gilt, des Reichsrechts, des gemeinen und des Preussischen Privatrechts.

Eingehend wird das für die Eisenbahnen geltende Personenbeförderungsrecht dargestellt von Dr. Wilhelm Koch in seinem grossen Werke „Deutschlands Eisenbahnen", Marburg und Leipzig 1860, in dem ersten Kapitel des zweiten Teils „Rechtliche Natur des Eisenbahn-Transport-Verhältnisses" und Schott in Endemann's Handbuch des Handelsrechts Band III §§ 352 bis 363.

Nur knappe Darstellungen des Personenbeförderungsrechts finden sich in den Werken von Bessel und Kühlwetter „Das Preussische Eisenbahnrecht", Köln 1855 und 1857, Kapitel XI

---

[1]) Thöl: Das Handelsrecht. Band III S. 3.

[2]) Endemannn: Recht der Eisenbahnen. S. 1. Dies ist der weiteste Begriff der Eisenbahn. cfr. Gleim: Das Recht der Eisenbahnen in Preussen. Berlin 1891. Band I S. 1—5, auch Urteil d. I C. Sen. d. R.-G. vom 17. März 1880. Entsch. Bd. I S. 247. Eger: Handbuch des Preussischen Eisenbahnrechts. S. 1.

S. 207 ff.[1]), J. H. Beschorner „Das Deutsche Eisenbahnrecht", Erlangen 1858, Abt. VI., Förstemann „Das Preussische Eisenbahnrecht und die unter dessen Schutz entstandenen Eisenbahnunternehmungen", Berlin 1869, und Endemann „Das Recht der Eisenbahnen", Leipzig 1886.

Im Erscheinen begriffen sind zwei gross angelegte Werke „Handbuch des Preussischen Eisenbahnrechts" von Dr. jur. Georg Eger und „Das Recht der Eisenbahnen in Preussen" von W. Gleim. Beide Werke sind noch nicht bis zu einer Besprechung des Personenbeförderungsrechts gediehen.

Von Monographien über einzelne Materien aus dem Personenbeförderungsrecht der Eisenbahnen ist die Arbeit Schneeli's „Die rechtliche Natur des Eisenbahnfahrscheins", Zürich 1890, deshalb hier zu nennen, weil sie eingehende Untersuchungen über die rechtliche Natur des Personenbeförderungsgeschäfts im allgemeinen bringt[2]).

Doch erscheinen mir die bisherigen Darstellungen des Personenbeförderungsrechts, das für die Eisenbahnen gilt, in den nachstehend erörterten Punkten, sowohl der Ergänzung als der Abänderung fähig. Andererseits vermute ich, dass die Werke von Gleim und Eger, wie es in der Natur der Sache liegt, über die Einzelfragen dieser Materie, welche nur zum geringsten Teil dem Eisenbahnrecht im engeren Sinne angehört, nicht so eingehende Darstellungen bringen werden, dass eine Specialuntersuchung überflüssig wird. Überdies hat Eger seine Ansicht über die im Folgenden zu untersuchenden Fragen bereits in seinem umfassenden Werke „Das Deutsche Frachtrecht", II. Auflage, Berlin 1891, dargelegt. M. E. kann ihm aber nicht überall beigetreten werden.

Unter den Eisenbahnen in dem weiten Sinne der eingangs gegebenen Definition sind hervorzuheben die dem öffentlichen Verkehr dienenden Eisenbahnen und unter diesen wieder die dem grossen Verkehr dienenden Dampfeisenbahnen. Nach dieser Maassgabe unterscheidet man zwischen Eisenbahnrecht im weitesten Sinne, d. i. das für die Eisenbahnen schlechthin geltende Specialrecht, und Eisenbahnrecht im engeren Sinne, das nur für die dem öffentlichen Ver-

---

[1]) Dort heisst es: „Über den Personentransport ist nur wenig zu sagen."

[2]) Die einschlägige Litteratur ist ungemein reich. Die eisenbahnrechtliche Speciallitteratur ist zusammengestellt von Meili. „Das Recht der modernen Verkehrs- und Transportanstalten". Leipzig 1888 S. 3—79.

kehr dienenden Eisenbahnen gilt. Innerhalb dieses letzteren Specialrechts ist zu trennen zwischen Kleinbahnrecht und Eisenbahnrecht im engsten Sinne.

Kleinbahnrecht ist das Specialrecht für die Eisenbahnen von geringerer Bedeutung für den allgemeinen Verkehr.

Unter Eisenbahnrecht im engsten Sinne ist das Recht zu verstehen, welches als Specialrecht nur für die dem grossen Verkehr bestimmten Dampfeisenbahnen kraft Gesetzes oder Gewohnheitsrechts gilt[1]).

Die Benutzung der Dampfkraft zur Bewegung der Fahrzeuge ist deshalb für die diesem Specialrecht unterstehenden Eisenbahnen wichtig, weil gerade die Leistungsfähigkeit des Dampfes die Eisenbahnen dem grossen Verkehr nutzbar macht und dadurch zur Bildung dieses Specialrechts Veranlassung gegeben hat. Bisher hat sich noch keine andere gleichwertige oder überlegene Kraft die Stellung des Dampfes erobert.

An einem positiven Merkmal, welche von den Dampfeisenbahnen als dem grossen Verkehr dienend anzusehen ist, und welche wegen ihrer geringeren Bedeutung für den allgemeinen Verkehr dem Eisenbahnrecht im engsten Sinne nicht untersteht, fehlt es nach der Lage unserer heutigen Gesetzgebung. Es ist dies ein Unterschied, welcher sich in Preussen durch Übung ausgebildet hat. Durch das Gesetz vom 28. Juli 1892 über Kleinbahnen und Privatanschlussbahnen wird er ohne Angabe von Merkmalen ausgesprochen. Im Einzelfalle entscheidet das Staatsministerium auf Anrufen der Beteiligten, zu welchen dieser beiden Arten die Eisenbahn gehört.

Das Eisenbahnrecht, wie es heute in Preussen nach einer etwa sechszigjährigen Entwicklungsperiode gilt, ist zum weit überwiegenden Teil öffentliches Recht, nur zum geringsten Teil Privatrecht. Das öffentliche Eisenbahnrecht kann hier nur soweit interessiren, als es auf die Rechtsverhältnisse zwischen den Eisenbahnen als Beförderungsgebern und den Beförderungsnehmern, den Reisenden, einwirkt.

---

[1]) cfr. Gleim: Das Recht der Eisenbahnen in Preussen. Bd I S. 2 u. 3.

I.

Die Rechtsgrundlagen des Personenbeförderungsgeschäfts der Eisenbahnen[1]).

A.

In den Eisenbahnen entstand in unserem Jahrhundert ein Verkehrsmittel, das sich vor allen anderen durch Leistungsfähigkeit in Bezug auf Massenhaftigkeit, Schnelligkeit, Billigkeit und Bequemlichkeit der Transporte in einer Weise auszeichnete, dass es den Personenverkehr binnen kurzem zu bis dahin noch nicht geahntem Umfange anschwellen machte[2]).

Das die Rechtsverhältnisse des Personentransports regelnde Recht war zur Zeit der Entstehung der Eisenbahnen im Gebiet des gemeinen und des preussischen Landrechts ein äusserst dürftiges.

Im römischen Recht hatte das Personenbeförderungsrecht eine eigenartige Ausbildung nicht erhalten. Ein Bedürfniss hierzu lag in keiner Weise vor. Grosse, dem öffentlichen Verkehr bestimmte Transportanstalten gab es nicht. Die cursus publici der Kaiserzeit dienten nur Regierungszwecken und beförderten nur die vom Kaiser mit Fahrscheinen versehenen Personen[3]). In erheblicherem Umfang kam Personenbeförderung wohl nur zur See[4]) vor, und hier fügte sich der Passagiervertrag leicht in die bestehenden Vertragsformen und gab zu besonderer rechtlicher Regelung keine Veranlassung. Doch als im Mittelalter und in der Neuzeit der Personenverkehr zur See gewaltigere Dimensionen annahm, entstand auch das Bedürfnis zu eigenartiger Ausbildung des Beförderungsrechtes und dieses zeitigte besondere Rechtssätze für die Personenbeförderung zur See[5]).

Eine Einwirkung auf das Recht der Personenbeförderung zu Lande hat diese Entwicklung nicht gehabt, mit der einzigen Aus-

---

[1]) cfr. Gleim: Das Recht der Eisenbahnen in Preussen. Abschnitt III. Die Entwicklung des Eisenbahnrechts in Preussen Bd. I S. 19—34, der indes fast ausschliesslich nur das öffentliche Recht berücksichtigt.

[2]) cfr. v. Rheden: Die Eisenbahnen Deutschlands. 1843 S. 337 ff. Das Eisenbahnnetz Deutschlands und die Beförderungsziffern im Jahre 1843.

[3]) tit. cod. de cursu publico XII, 50 const. 11 eod. nullus evectione utatur privatus.

[4]) fr. 1. § 12 de exercit. act. XIV, 1: Quaedam enim naves onerariae quaedam, ut ipsi dicunt, *ἐπιβατηγοί* sunt.

[5]) cfr. Goldschmidt: Handbuch des H. R. Bd. I 3. Aufl. S. 344 Anm. 43.

nahme, dass das allgemeine Landrecht die Beförderungsgeschäfte der öffentlichen Landkutschen dem Seebeförderungsrecht unterstellt[1]).

Im übrigen hat die Entwicklung des gemeinen Rechts das römische Beförderungsrecht nicht fortgebildet. Das Allgemeine Landrecht kennt zwar ausser dem Beförderungsvertrag mit dem Inhaber einer öffentlichen Landkutsche noch den Vertrag mit Privatfuhrleuten, giebt aber diesem nur eine äusserst dürftige Regelung[2]).

Die Vorläufer der Eisenbahnen waren die Posten. Auch für diese ist nur stellenweise ein besonderes Beförderungsrecht gesetzt worden[3]). Für die Weiterbildung des Personenbeförderungsrechts blieben die Posten bedeutungslos.

So fanden die Eisenbahnen in den gemeinrechtlichen Gebieten noch das unvollkommene römische Recht unverändert vor. Im Gebiet des Allgemeinen Landrechts dagegen war es fraglich, ob die Beförderungsgeschäfte der Eisenbahnen nicht nach dem Recht der öffentlichen vom Staat bestellten oder besonders privilegierten Landkutschen zu behandeln seien[4]).

In der That haben auch das Kammergericht in einer Entscheidung vom 11. Juli 1857 und das Preussische Ober-Tribunal in einer Entscheidung vom 23. November 1858[5]) es als zweifellos hingestellt, dass die Eisenbahnen analog den Landkutschen zu beurteilen seien. Indes hat diese Ansicht weder in der Theorie Billigung gefunden[6]), noch ist sie vom Ober-Tribunal festgehalten worden[7]).

Das römische Recht und das Allgemeine Landrecht konnten mit ihren auf die einfachsten Verkehrsverhältnisse berechneten Bestimmungen den Anforderungen, die der Eisenbahnverkehr stellte, nicht genügen.

In der Übermacht, mit welcher die Eisenbahnen als Beförderungsgeber dem Beförderungsbedürftigen gegenübertraten, lag ein

---

[1]) § 2452. II 8. A. L. R.

[2]) §§ 2458—2464. II 8. A. L. R.

[3]) Runde: Grundsätze des gem. deutsch. Privatr. Göttingen 1829 S. 131—136. Kompe: Vom Posttransportvertrage. Zeitschr. für Deutsches Recht, herausgegeb. von Beseler u. A. Bd. XVII S. 330. Anm. 62. Lehmann: Körperverletzungen und Tötungen auf deutschen Eisenbahnen S. 20.

[4]) W. Koch a. a. O. Bd. II S. 45 ff. Lehmann a. a. O. S. 17 Anm. 1.

[5]) W. Koch, Bd. II Anl.-H. S. 301 ff.

[6]) C. F. Koch: Kommentar zum A. L. R. II. Aufl. 1857 Bd. III S. 1178. Anm. 38.

[7]) Erk. d. O. Trib. vom 14. XII. 1857. W. Koch, Bd. II Anl.-Heft S. 370. Striethorst Archiv. B. XXVI. S. 359.

Hauptgrund der oft schmerzlich empfundenen Unzulänglichkeit des Personenbeförderungsrechts.

Zu dieser Übermacht wirkten in erster Linie zwei Faktoren. Die Unentbehrlichkeit der befördernden Dienste der Eisenbahn, welche dadurch hervorgerufen wurde, dass wenigstens in bezug auf die Personenbeförderung kein anderes Transportmittel in nennenswerter Weise mit den Eisenbahnen in Konkurrenz treten konnte, und ferner die Unmöglichkeit einer Konkurrenz der Eisenbahnen untereinander.

Eine Konkurrenz durch Parallelbahnen ist zwar durchaus möglich, in Deutschland aber niemals ernstlich versucht worden. Die Voraussetzung einer solchen Konkurrenz ist ein grosser Überfluss an Kapital, welches seine Anlage in Eisenbahnen sucht, und ein Verkehr, welcher den beiden Linien den Fortbestand neben einander möglich macht. Hierzu müsste noch ein Verbot der Koalition der Konkurrenten treten.

Fehlt eine dieser Voraussetzungen, so ist eine dauernde Konkurrenz zwischen Parallelbahnen nicht denkbar.

In Deutschland waren sie so gut wie nie vorhanden. Schon darum konnte diese Frage nie praktisch werden. Abgesehen davon, dass nach kurzer Zeit durch § 44 des Gesetzes vom 3. November 1838 den Eisenbahngesellschaften die Nichtzulassung von Konkurrenzbahnen auf die Dauer von 30 Jahren zugesichert wurde.

An eine Art der Konkurrenz wurde aber nach englischem Vorgang sehr ernsthaft gedacht[1]), nämlich an die Zulassung von verschiedenen Transportunternehmern zum Transportbetriebe auf derselben Linie. Aber die Ausführung dieser Idee scheiterte an der Eigenthümlichkeit des Eisenbahnbetriebes, die den freien Transportbetrieb auf dem Schienenweg unmöglich macht[2]).

So fiel den Eisenbahnen alsbald ein faktisches Beförderungsmonopol zu, auf dem ihre Übermacht basierte.

Der Mangel des vorhandenen Rechts bestand darin, dass es dieser Übermacht freien Spielraum liess. Das die Beförderungsgeschäfte regelnde Recht war durchweg subsidiär. Der Vertragsfrei-

---

[1]) cfr. Camphausen: Versuch eines Beitrages zur Eisenbahngesetzgebung. Köln 1838 S. 11.

[2]) cfr. Cohn: Die Entwicklung der Eisenbahngesetzgebung in England. Leipzig 1874 Bd. I.

Als die Idee der freien Konkurrenz auf der Linie in England längst zu den Toten gelegt war, tauchte sie in Deutschland in den siebziger Jahren wieder auf. Dagegen Fischer: Die Verkehrsanstalten des Reichs in v. Holtzendorff's Jahrbüchern für Gesetzgebung. 1876 S. 434. Weizmann: Die Eisenbahn als öffentliche Strasse. Berlin 1875.

heit war nur die Grenze gesetzt, dass Abreden, welche die Haftung für eigenen dolus und eigene culpa lata ausschliessen, nichtig sind. Thatsächlich führte aber diese Freiheit zur grössten Vertragsunfreiheit des reisenden Publikums, da dieses genötigt war, auf die von den Eisenbahnen zu stellenden Beförderungsbedingungen widerspruchslos einzugehen. Und die Eisenbahnen nahmen auch keinen Anstand, diese Übermacht zur Stellung von Bedingungen zu benützen, welche die von ihr zu übernehmenden kontraktlichen Verpflichtungen, insbesondere ihre Haftung für wohlbehaltene Beförderung des Reisenden auf das äusserste einschränkten[1]).

Dieser Übermacht beim Vertragsschlusse entsprach eine Überlegenheit im Processe. Überall da, wo zur Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches dem Kläger der Nachweis eines Verschuldens der Bahnverwaltung oder ihrer Leute oblag, fehlte das zum Beweisantritt erforderliche thatsächliche Material. Denn die Ausführung der Beförderung entzieht sich jeder Kontrolle des Reisenden. Insbesondere ist die Ermittelung der Ursachen eines Eisenbahnunfalles mit den grössten Schwierigkeiten verbunden[2]). Desto leichter musste auf der anderen Seite den Eisenbahnen die Exkulpierung fallen.

Es wurden zwar Stimmen laut, dass die Übermacht der Eisenbahnen nicht in Despotismus übergehen dürfe, dass die rechtsprechenden Behörden die Verpflichtung hätten, darauf zu sehen, dass bei diesen öffentlichen Verkehrsanstalten nicht eine monopolistische, jeder Zeit gefährliche Willkür eintrete[3]). — „Die Eisenbahnen erschienen als öffentliche Strassen im eminenten Sinne, welche für die wirtschaftlichen, geistigen und staatlichen Interessen der Gegenwart selbst die alten Heerstrassen weitaus an Wichtigkeit überragten. Sie müssten unter festen und gleichen Bedingungen Jedem zur Benutzung offen stehen[4])." — „Da Schadensersatzansprüche

[1]) Beschorner a. a. O. S. 264. § 23. des Vereins-Reglements für den Personenverkehr vom 28. und 29. Juli 1857. Ausschluss der Haftung für verspätete Abfahrt und Ankunft.

[2]) Randa: Über die Haftung der Eisenbahnunternehmungen. Allgem. österr. Gerichtszeitung 1869 No. 48:

„In vielen Fällen ist es geradezu unmöglich, aus dem Trümmerhaufen zerschmetterter Waggons, beschädigter Maschinen, herausgerissener Schienen, aufgewühlter Erdmassen u. s. w. die oft geringfügige Ursache zu konstatieren."

[3]) Beschorner a. a. O. S. 263, 264, 271. Derselbe im Archiv für civilistische Praxis Bd. 41 S. 402. Dagegen Goldschmidt ebenda: Über die vertragsmässige Beschränkung der Haftungspflicht der Eisenbahnverwaltungen. S. 406, 408.

[4]) Goldschmidt: Haftungspflicht der Eisenbahnverwaltungen. Zeitschr. für Handelsrecht (künftig als Zeitschr. citiert). Bd. IV S. 588.

gegen die Eisenbahn dann illusorisch werden müssten, wenn man dem Kläger die Beweislast bezüglich des den Anspruch begründenden Verschuldens auferlege, so erfordere es die Billigkeit, dass man von den Eisenbahnen den Nachweis der sie befreienden Umstände verlange[1]).“

Diese Gedanken sind de lege ferenda entschieden gesunde, aber auch nur von diesem Standpunkte aus waren sie anzuerkennen.

Auf der anderen Seite fehlte auch nicht die Behauptung von Seiten der Eisenbahnen, dass ihre Haftpflicht nicht soweit gehe, wie die anderer Transportunternehmer. So setze sich der Reisende mit Bewusstsein den besonderen Gefahren der Bahnbeförderung aus, reise also auf eigene Gefahr. Darum könne die Eisenbahn nur verpflichtet sein, zu transportieren, nicht aber auch wohlbehalten zu transportieren. Solle ihre Verpflichtung weiter gehen, so müsse dies besonders bedungen sein[2]).

Doch nach beiden Richtungen konnten diese Anschauungen vor einer objektiven Kritik nicht stand halten. Der Theorie und Praxis blieb nichts übrig, als mit möglichster Schärfe die Grundsätze des bestehenden Rechts in Anwendung zu bringen[3]).

Wo diese nicht ausreichten, war es Sache der Gesetzgebung einzugreifen.

Der Punkt, der am dringendsten der gesetzlichen Regelung bedurfte, war die Haftung der Eisenbahnen für Tötung und Körperverletzung der Reisenden. Die besondere Gefährlichkeit des Eisenbahntransportes machte hier die Mangelhaftigkeit des Rechts am fühlbarsten. Die Regelung des übrigen Transportrechts hat nicht annähernd diese Wichtigkeit für das öffentliche Wohl. Doch die Übermacht und die processuale Überlegenheit der Eisenbahnen machten sich für alle Rechtsverhältnisse der Personenbeförderung fühlbar. Die Eisenbahnen brauchten darum ein absolutes, Rechte und Pflichten auf beiden Seiten eingehend regelndes Recht.

Das Schicksal des Preussischen Eisenbahnrechts ist es gewesen, dass, so schnell auch die Abhülfe in dem wichtigsten Punkt

[1]) Gutachten der Tübinger Juristen-Fakultät vom 22. und 26. Februar 1858. W. Koch, Anl.-Heft Bd. II S. 207, 208. Vgl. auch Urteile des Königl. Sächs. O. A. G. Dresden vom 14. I. 1857 und 1. X. 1856. W. Koch, Anl.-Heft Bd. II S. 94 u. 116.

[2]) Urteil d. App.-G. Frankfurt a. M. vom 8. März 1858. W. Koch, Anl.-Heft Bd. II S. 204. cfr. Urt. d. O. A. G. Lübeck vom 25. Mai 1857. Zeitschr. Bd. III S. 211.

[3]) vgl. vor allem Goldschmidt: Die Haftungspflicht der Eisenbahnen. Zeitschr. Bd. IV No. XII. W. Koch, Bd. II S. 213—217 und die Bd. II Anl. XVIII mitgeteilten Erkenntnisse.

gebracht wurde, die Gesetzgebung sich doch auf diesen Punkt beschränkte. Der sogenannte blutige Personentransport ist die einzige Materie, für die es im Personenbeförderungsrecht ein Eisenbahnrecht giebt.

In dem Preussischen Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen vom 3. November 1838 bestimmt der § 25:

„Die Gesellschaft ist zum Ersatz verpflichtet für allen Schaden, welcher bei der Beförderung auf der Bahn an den auf derselben beförderten Personen oder Gütern, oder auch an anderen Personen und deren Sachen entsteht, und sie kann sich von dieser Verpflichtung nur durch den Beweis befreien, dass der Schade entweder durch die eigene Schuld des Beschädigten, oder durch einen unabwendbaren äusseren Zufall bewirkt worden ist. Die gefährliche Natur der Unternehmung selbst ist als ein solcher vom Schadensersatz befreiender Zufall nicht zu betrachten."

Es war entschieden unrichtig, wenn W. Koch[1]) zu diesem Paragraphen bemerkte, dass er als die alleinige Rechtsquelle der Haftungspflicht der Eisenbahnverwaltungen in allen preussischen Gebietsteilen anzusehen sei.

Die kontraktliche bzw. aquilische Haftung der Eisenbahn wurde durch diesen Paragraphen nicht im geringsten berührt. Neben die Kontraktsklage trat eine neue actio ex lege. Die Haftpflicht der Eisenbahn aus § 25 des Gesetzes besteht wie für den verletzten Passagier, so für den Arbeiter auf der Bahnstrecke oder die Pferde des die Bahn passierenden Kutschers, die von dem Zuge erfasst werden[2]).

Dem verletzten Passagier stand es aber nach wie vor frei, mittels der Kontraktsklage seinen Schadensersatzanspruch geltend zu machen.

Dies war um so wichtiger nach der Auslegung, die das Gesetz durch das Preussische Ober-Tribunal erfuhr. Nach dem Präjudikat vom 24. April 1854 No. 2514 soll unter dem Ausdruck Schade nur damnum emergens zu verstehen sein. „Darum dürfe die Gesellschaft dem Verletzten nicht noch ausserdem den entgangenen Gewinn vergüten[4])."

[1]) a. a. O. S. 70.

[2]) Entsch. d. Pr. O. Tr. Bd. VIII No. 30 p. 270.

[3]) Entsch. d. Rhein A.-H. zu Köln vom 17. XII. 1869. Zeitschr. Bd. XIX S. 361.

[4]) Entsch. d. O. Tr. Bd. XXVIII S. 270 No. 33. Entsch. d. O. Tr. vom 14. XII. 1857 bei W. Koch, Anl.-H. Bd. II S. 369 ff. Dagegen Lehmann: Körperverletzungen und Tötungen auf deutschen Eisenbahnen S. 68.

Zur Erlangung vollständiger Genugthuung konnte demnach nach wie vor die Kontraktsklage oder die aquilische Klage dienen.

Von der Praxis des Ober-Tribunals ist das Reichs-Ober-Handelsgericht später abgewichen[1]).

Gelegentlich findet sich auch der Versuch, die Anwendbarkeit des Gesetzes für die Staatseisenbahnen aus dem Grunde zu verneinen, weil es sich nur auf Privatgesellschaften beziehe. Diese Ansicht ist jedoch vom Ober-Tribunal verworfen worden[2]).

Ein ganz entschiedener Mangel des Gesetzes war aber das Fehlen einer Bestimmung, welche die vertragsmässige Einschränkung der Haftung aus § 25 ausschloss. Eine solche Bestimmung war von Nöten. Denn die Ansicht, welche Bessel und Kühlwetter vertraten, dass dieser Paragraph den sicherheitspolizeilichen Zweck habe, Leben und Gesundheit des Publikums zu schützen und darum in das durch Privatabmachungen unantastbare öffentliche Recht zu verweisen sei, hat in der oberstrichterlichen Praxis keine Anerkennung gefunden[3]).

Diesen Mangel machte sich sogar das von dem Preussischen Handelsministerium erlassene „Betriebsreglement für die Staatseisenbahnen und die unter Verwaltung des Staates stehenden Eisenbahnen“ vom 18. Juli 1859 zu nutze, indem es im § 23 bestimmte:

„Wenn ein Reisender während der Eisenbahnfahrt durch diese eine körperliche Beschädigung erleidet, welche weder eigener Schuld, noch der Schuld eines Mitreisenden zur Last fällt, so leistet die Verwaltung ihm Ersatz für die entstandenen Kurkosten, eine weitere Entschädigungsverbindlichkeit liegt der Verwaltung nicht ob.“

Im Widerspruch mit seiner sonst ausgesprochenen Ansicht, dass § 25 l. c. der Abänderung durch Privatwillkür unterliege, hat das Preussische Ober-Tribunal in einer Entscheidung vom 14. December 1857 dieser Bestimmung die Gültigkeit aus dem unzureichenden Grunde versagt, weil sie weder landesherrlicher Erlass noch in die Gesetzsammlung aufgenommen sei, ohne ihre Bedeutung als Vertragsfestsetzung zu würdigen[4]).

Seitdem ruhte die Gesetzgebung.

Ein Fortschritt war zu hoffen von dem Allgemeinen deutschen

[1]) Entsch. d. R. O. H. G. Bd. VI S. 9, Bd. XVI S. 176.

[2]) Entsch. d. O. Tr. vom 14. XII. 1857. Entsch. Bd. 37 S. 42 und vom 19. Oktober 1858. Strieth. Arch. Bd. 31 S. 68.

[3]) Entsch. d. O. Tr. vom 8. März 1853 bei W. Koch Bd. II S. 65 und vom 6. Juli 1858. W. Koch Bd. II, Anl.-H. S. 310 ff.

[4]) W. Koch, Bd. II Anl.-Heft S. 374.

Handelsgesetzbuch[1]). Das Eisenbahntransportrecht überschritt offenbar den Rahmen der selbständigen Gesetzgebung der Einzelstaaten. Allein am Platz war hier eine den Bundesstaaten gemeinsame Gesetzgebung.

Dieser berechtigten Hoffnung hat das Handelsgesetzbuch nicht genügt. Es beschränkt sich auf eine eingehende Behandlung des Eisenbahnfrachtgeschäfts. Das Eisenbahnpersonenbeförderungsrecht hat keine Fortbildung erfahren. Nur an einer Stelle wird des Personenbeförderungsgeschäftes überhaupt Erwähnung gethan. Art. 273 No. 3 stellt die Geschäfte der für den Transport von Personen bestimmten Anstalten unter die subjektiven Grundhandelsgeschäfte. Er ist für die Personenbeförderungsgeschäfte der Eisenbahnen darum wichtig, weil er dieselben unter gewissen Voraussetzungen den Bestimmungen des H. G. B. unterstellt.

Von grosser Bedeutung für das Personenbeförderungsrecht des Allgemeinen Landrechts ist Art. 60 des Preussischen Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch:

„Mit dem ersten März 1862 treten ausser Kraft die §§ 1305 bis 2464 des ersten Titels des zweiten Teils des Allgemeinen Landrechts".

Zu den aufgehobenen Paragraphen gehört § 2459 II 8:

„Dergleichen Fuhrleute müssen jedoch allen Verlust oder Schaden vertreten, welchen sie oder die von ihnen bestellten Leute auch nur durch ein geringes Versehen verursacht haben".

Das Handelsgesetzbuch bedeutet also nur einen geringen Fortschritt für das Personenbeförderungsrecht überhaupt, und einen bedenklichen Rückschritt durch das Preussische Einführungsgesetz.

Mit Recht wurden die Forderungen immer lauter, dass man auch dem Personenbeförderungsgeschäft der Eisenbahnen dieselbe eingehende und absolute Regelung zu Teil werden lasse, wie dem Frachtgeschäft.

Erklärlicherweise äusserten sich diese Wünsche am dringendsten bezüglich der Haftung für Körperverletzungen und Tötungen. Gerade damals mehrten sich die Eisenbahnunfälle[2]). Im Jahre 1869 schrieb Randa:

„Es ist eine sonderbare Ironie des Schicksals und ein wahrhaft dunkler Punkt gar vieler Legislationen selbst der civilisiertesten Länder, dass dieselben die Waare gegen Eisenbahnunfälle ausgie-

[1]) Beschorner, Ztschrft. für civilistische Praxis. Bd. 41 S. 405.
[2]) Lehmann a. a. O. S. 85.

biger schützen, als des Menschen teuerstes materielles Gut, sein Leben und seine Gesundheit“[1]).

Es währte aber seit der Einführung des Handelsgesetzbuches noch geraume Zeit, ehe die Preussische Gesetzgebung, die mit so bewundernswerter Schnelligkeit den ersten Schritt zur Ausbildung eines guten Eisenbahnschädenrechts gethan hatte, sich entschloss, wenigstens auf diesem Gebiete der Übermacht der Eisenbahnen ein Ziel zu setzen. Erst am 3. Mai 1869 bestimmte das Gesetz, betreffend einen Zusatz zum § 25 des Gesetzes über Eisenbahnunternehmungen:

„Die Eisenbahnen sind nicht befugt, die Anwendung der im § 25 des Gesetzes vom 3. November 1838 enthaltenen Bestimmungen über die Verpflichtung zum Ersatz des Schadens, welcher bei der Beförderung auf der Bahn an den auf derselben beförderten Personen oder auch an anderen Personen entsteht, zu ihrem Vorteil durch Verträge mittels Reglement oder durch besondere Übereinkunft im Voraus auszuschliessen oder zu beschränken. Vertragsbestimmungen, welche dieser Vorschrift entgegenstehen, haben keine rechtliche Wirkung.“

Ähnlich hatte bereits vorher der § 2 des Österreichischen Gesetzes vom 5. März 1869 bestimmt[2]).

Dass auch jetzt kein ausreichender Rechtsschutz geschaffen war, sofern die beschränkende Auslegung des Preussischen Ober-Tribunals beibehalten wurde, liegt auf der Hand.

Zudem war bisher ein Wunsch unberücksichtigt geblieben, der zwar alle Schadensersatzansprüche gleichmässig betraf, nämlich die Erleichterung des Schädenprocesses. Es war unendlich schwierig, bei Schädenprocessen den Beweis des Schadens in jener unzweifelhaften Weise herzustellen, wie dies in Ansehung von Thatsachen durch die gesetzlichen Beweisvorschriften gefordert wurde[3]). „Will man nicht auf halbem Wege stehen bleiben“, sagt Randa, „will man dem Beschädigten den Schutz des Gesetzes in vollem Maasse angedeihen lassen, so bleibt nichts übrig, als die Feststellung der Höhe der Entschädigungssumme dem freien richterlichen Ermessen anheim zu geben“[4]).

[1]) Lehmann a. a. O. S. 77. „Es steigt einem in der That das Blut in den Kopf, wenn man sieht, wie weit wir in Deutschland mit all unserer Rechtsgelehrsamkeit, ja wir möchten fast sagen, in Folge dieser Gelehrsamkeit, hinter den einfachen Postulaten der Gerechtigkeit noch zurück sind.“

[2]) Mitgeteilt Ztschrft. Bd. XIII S. 538.

[3]) Randa a. a. O. S. 213.

[4]) So auch Lehmann a. a. O. S. 96.

Durch die Verfassung des Norddeutschen Bundes war die Legislative des Bundes auch auf das Eisenbahnwesen ausgedehnt[1]).

An den Reichstag des Norddeutschen Bundes wandte sich daher am 24. April 1868 eine Petition aus Leipzig, welche die beiden Mängel des Preussischen Rechts, Beschränkung des Ersatzes auf den unmittelbaren Schaden und Schwerfälligkeit des Schädenprocesses rügend, Abhilfe von der Bundesgesetzgebung verlangte[2]). Diese Petition gab den Ausgangspunkt für den Erlass des Reichsgesetzes „betreffend die Verbindlichkeit zum Schadensersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken, Fabriken, Steinbrüchen und Gräbereien herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen“ vom 7. Juni 1871. Während die beiden Preussischen Gesetze dem Eisenbahnrecht im engsten Sinne angehören, ist dieses Gesetz jedenfalls Bestandtheil des Eisenbahnrechts im engeren Sinne, ob auch im weitesten Sinne, ist streitig und kann hier dahin gestellt bleiben[3]).

Der § 25 des Gesetzes vom 3. November 1838 gab dem Verletzten einen unmittelbaren Anspruch gegen den Eisenbahnunternehmer, auch in den Fällen, wo das Recht bisher nur einen Angriff gegen diejenige Person zuliess, welche die Verletzung verschuldet hatte. Das Haftpflichtgesetz führt als schadensersatzpflichtige Person den Betriebsunternehmer ein. Das ist nach konstanter oberstrichterlicher Rechtsprechung derjenige, auf dessen Kosten und Gefahr der Betrieb der Eisenbahn stattfindet[4]). Nicht notwendig ist der Betriebsunternehmer in diesem Sinne identisch mit dem Eisenbahnunternehmer, der das Transportgeschäft mittels der Eisenbahneinrichtung auf eigenen Namen betreibt. Ausdrücklich erklärt das Haftpflichtgesetz, dass dieser neu geschaffene Anspruch gegen den Betriebsunternehmer, nicht an Stelle, sondern nur neben die bisherigen Ansprüche tritt (§ 9).

Dem Verletzten stehen also die aquilische Klage gegen denjenigen, der die Verletzung schuldhaft herbeigeführt hat, die Kontraktsklage und die Klage aus § 25 des Gesetzes vom 25. November 1838 gegen den Eisenbahnunternehmer und schliesslich die Klage aus § 1 des Haftpflichtgesetzes gegen den Betriebsunternehmer zu. Alle vier Klagen können gegen dieselbe Person konkurrieren. Es

[1]) Art. 4 No. 8.

[2]) cfr. Allgemeine Motive des Reichshaftpflichtgesetzes. Mitgeteilt bei Eger: Kommentar zum Reichshaftpflichtgesetz. III. Aufl. Breslau 1886 S. XI.

[3]) Eger a. a. O. S. 42 ff.

[4]) Entsch. des 6. Civil-Sen. d. R. G. Eger: Eisenbahnrechtliche Entscheidungen Bd. VI S. 426.

können aber auch drei Verpflichtete vorhanden sein. Nur auf den Anspruch gegen den Betriebsunternehmer bezieht sich § 1 und 5 des Haftpflichtgesetzes. Die übrigen auf die Schadensersatzpflicht wegen Körperverletzung und Tötung beim Betriebe einer Eisenbahn bezüglichen §§ 3, 4, 6—8 regeln die sämtlichen vier Ansprüche und ihre processuale Behandlung gemeinschaftlich.

Die Regelung, die diese Materie des Personenbeförderungsrechts der Eisenbahnen durch das Haftpflichtgesetz erfuhr, muss alle verständigerweise zu stellenden Anforderungen befriedigen. Sie hat für die Gesetzgebung verschiedener Staaten vorbildlich gewirkt[1]).

Diese erste gesetzliche That des Reiches auf dem Gebiete des Personenbeförderungsrechts der Eisenbahnen ist auch die letzte geblieben.

An ernstlichen Versuchen hat es freilich nicht gefehlt.

In dem Abschnitt VII der Verfassung des Norddeutschen Bundes, sowie der Reichsverfassung waren im allgemeinen die zu erstrebenden Ziele einer Reichseisenbahngesetzgebung angedeutet worden, ohne dass aber in der Sache selbst positive Bestimmungen getroffen waren[2]).

Durch einen Beschluss des Reichstags vom 20. April 1870 erging die Aufforderung an den Bundeskanzler, ein Gesetz über das Eisenbahnwesen zum Zweck der Einführung gleichmässiger Grundsätze für die Konzessionirung, den Bau und Betrieb der Eisenbahnen, insonderheit auch behufs der Verwirklichung der in den Art. 41 bis 47 der Verfassung enthaltenen Bestimmungen, sowie der Herstellung geeigneter Organe behufs Ausübung der dem Bunde in bezug auf die Eisenbahnen zustehenden Befugnisse vorzulegen.

Seit dieser Zeit, so sagen die Motive zum Entwurf eines Reichseisenbahngesetzes, ist die Erledigung dieses durch die Reichsverfassung im allgemeinen begründeten Beschlusses fortdauernd ein Gegenstand ernster Prüfung gewesen.

Bereits am 16. September 1873 konnte das am 1. März 1873 konstituierte Reichseisenbahnamt den Entwurf eines Reichseisenbahngesetzes der Öffentlichkeit zur Beurteilung vorlegen.

---

[1]) Siehe Fick: Die schweizerischen Rechtseinheitsbestrebungen insbesondere auf dem Gebiet des Eisenbahnrechts. Erlangen 1874. Russisches Gesetz betr. Beschädigungen im Betriebe von Eisenbahnen und Dampfschiffen vom 25. Januar/6. Februar 1878. Ztschrft. Bd. XXIII N. F. Bd. VIII Anl.-H. S. 207. Ungarisches Gesetz vom 7. Juli 1874 über die Haftung für die durch Eisenbahnen verursachten Tötungen und Körperverletzungen ebenda S. 97.

[2]) Siehe aber Schott a. a. O. S. 478. Darüber unten S. 30.

Aus den Motiven ist hier folgender Passus hervorzuheben:

„Der Mangel an einer das Eisenbahnwesen erschöpfend regelnden Gesetzgebung hat sich aber nicht nur in betreff des Frachtvertrages sondern bei allen durch die Reichsverfassung dem Reichseisenbahnamte gestellten Aufgaben geltend gemacht. Indem die in Art. 41 bis 45 der Reichsverfassung enthaltenen, sehr wichtigen Bestimmungen nur die Ziele ganz allgemein hinstellen, ohne die zu deren Erreichung erforderlichen Mittel auch nur anzudeuten, stellen sie Probleme auf, deren Lösung wenigstens teilweise nur durch diktatorische und durchaus willkürliche Entscheidung möglich wäre.

Handelt es sich jetzt darum, diese Lücken auszufüllen, so erschien es notwendig, für das gesamte Eisenbahnwesen materielles Recht zu schaffen."

So behandelte denn der sechste Abschnitt des Entwurfs die Rechtsverhältnisse des Transportwesens, unter a die Beförderung von Personen.

Unter sorgfältiger Erwägung der von den verschiedensten Seiten eingegangenen Äusserungen und insbesondere auch der Bemerkungen seitens einzelner Bundesregierungen wurde der Entwurf sodann einer vollständigen Umarbeitung unterzogen. Das Ergebnis derselben ist in dem im April 1875 fertig gestellten vorläufigen Entwurf eines Reichseisenbahngesetzes niedergelegt. Aus diesem ist der ganze sechste Abschnitt des ersten Entwurfs, die Rechtsverhältnisse des Transportwesens betreffend, als dem Handelsgesetzbuch angehörig, ausgeschieden. Hierzu bemerken die Motive, dass die Bedürfnisfrage, welche für die Aufnahme des sechsten Abschnitts vorzugsweise bestimmend gewesen sei, inzwischen ihre Bedeutung dadurch verloren habe, da die Vorbereitung der bezüglichen Gesetzgebung an anderer Stelle in Aussicht genommen sei[1]).

Der Versuch, das Deutsche Eisenbahnwesen auf dem Boden der Reichsverfassung der Tendenz derselben gemäss in nationalem Sinne zu regeln, scheiterte damals.

Der Bericht über „die Geschäftsthätigkeit des Reichseisenbahnamtes seit der Errichtung desselben bis Ende des Jahres 1876"[2]) schliesst diesen Teil der Thätigkeit des Reichseisenbahnamtes mit den resignierten Worten:

„Es fand die informatorische Beratung mit Kommissarien der Bundesregierungen statt.

---

[1]) Bemerkungen zu dem vorläufigen Entwurf eines Reichseisenbahngesetzes. S. 27.

[2]) In Hirths Annalen des Deutschen Reichs 1877 S. 683 ff.

„Das Ergebniss dieser Konferenzen ist ein negatives gewesen."

Die Gesetzgebung über die Rechtsverhältnisse des Transportwesens „an anderer Stelle" steht noch in weitem Felde.

Auch das Preussische Gesetz über Kleinbahnen und Privatanschlussbahnen vom 28. Juli 1892 hat nur das öffentliche Recht dieser Bahnen in seinen Bereich gezogen. Das Privatrecht hat darin gar keine Berücksichtigung gefunden. Es wird aber weiter unten zu zeigen sein, dass die öffentlich-rechtlichen Normen des Kleinbahngesetzes wenigstens in einem Punkte ein Privatrecht des einzelnen Beförderungsbedürftigen gegen den Kleinbahnunternehmer schaffen[1]).

Die Rechtsgrundlagen des Personenbeförderungsgeschäfts der dem grossen Verkehr bestimmten Dampfeisenbahnen und der aus demselben entstehenden Rechtsverhältnisse gehören demnach zum geringsten Teil dem Eisenbahnrecht an. Bis auf die eisenbahnrechtliche Regelung des Schadensersatzanspruches aus Tötung und Körperverletzung des Reisenden sind die Normen des Privatrechts unverändert geblieben. Es handelt sich also um deren Anwendung auf das Transportgeschäft in der eigenthümlichen Form wie es von den Eisenbahnen betrieben wird.

B.

Die Gleichartigkeit und Massenhaftigkeit der von den Eisenbahnen auszuführenden Personenbeförderungen machte es möglich und notwendig, dass die Bedingungen, unter welchen die Personentransportverträge geschlossen werden sollten, ein für alle mal festgestellt wurden. Dies konnte jede Eisenbahn für sich thun, oder es konnte für eine grössere Vereinigung von Eisenbahnen gemeinsam erfolgen[2]).

Diesem Zweck dienten die Betriebs-Reglements. Das Betriebs-Reglement ist eine Erklärung, was lex contractus sein soll, falls ein Vertrag zustande kommt[3]).

Einer gesetzlichen Beschränkung unterliegt der Inhalt dieser Betriebsreglements nur insoweit, als er einem absoluten Rechtssatz widerspricht. Die Vertragsfestsetzung, welche gemäss einer solchen Reglementsbestimmung zustande kommt, ist wirkungslos.

[1]) cfr. unten S. 30.

[2]) So schon im Jahre 1857. Durch das Vereins-Reglement für die Personen-, Reisegepäck-, Leichen-, Equipage- und Thiere-Beförderung auf den zum Vereine deutscher Eisenbahnverwaltungen gehörenden Eisenbahnen.

[3]) Das Folgende ist fast wörtlich Goldschmidt's Aufsatz: „Die Haftungspflicht der Eisenbahnverwaltungen im Güterverkehr." Ztschrft. Bd. IV No. XII S. 594 ff. entnommen.

Soweit die Beförderung von Personen in betracht kommt, sind solche absolute Rechtssätze nur, dass die Haftung für eigenen dolus und culpa lata nicht wegbedungen werden darf, ferner die Bestimmungen des § 25 des Gesetzes vom 3. November 1838 und der § 1 und 3 des Haftpflichtgesetzes.

Jede mit diesen Rechtssätzen nicht kollidierende Reglementsbestimmung ist statthaft und als lex contractus für die Kontrahenten rechtsverbindlich.

Lex contractus werden aber die Bestimmungen des Reglements zweifellos, wenn ausdrücklich unter Bezugnahme auf dieselben kontrahiert wird. Ferner aber auch, wenn der Transportnehmer seinen Vertragsantrag mit Kenntniss der Reglementsbestimmungen an den Transportgeber stellt. Der Vertrag muss aber auch dann als in Gemässheit des Reglements zustande gekommen angesehen werden, wenn die Kenntnis des Reglements nach Maassgabe der für die Kenntnis von Thatsachen geltenden Grundsätze von dem Transportnehmer bei Stellung seines Antrages verlangt werden konnte, wenn also das Reglement derart zur Kenntnis des beförderungsbedürftigen Publikums gebracht ist, dass Unkenntnis desselben auf unverzeihlicher Nachlässigkeit oder grober Beschränktheit beruht. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass jeder Verständige weiss, dass der Eisenbahnbetrieb ohne zahlreiche, seiner Natur entsprechenden Vorschriften nicht bestehen kann, muss die Kenntnis des Reglements verlangt und darf der Einwand der Unkenntnis nicht gehört werden, „wenn die Kundmachung in einer dem ganzen Publikum zugänglichen Weise, welche Jeden, der mit der Verwaltung kontrahieren will, darauf hinweist, dass besondere Transportbedingungen gestellt sind, und in den Stand setzt, sich schon vor Eingehung des Vertrages über alle Transportbedingungen zu unterrichten, erfolgt ist".

Um nun die bereits von dem im Jahre 1847 gestifteten Allgemeinen Verband Deutscher Eisenbahnverwaltungen angestrebte Übereinstimmung der einzelnen Reglements zu erreichen, hat der Reichskanzler am 11. Mai 1874 gemäss einem vom Bundesrate gefassten Beschlusse das „Betriebsreglement für die Eisenbahnen Deutschlands" im Centralblatt veröffentlicht.

An die Stelle des Betriebsreglements trat die am 11. November 1892 im Reichsgesetzblatt publicierte Verkehrsordnung für die Eisenbahnen Deutschlands.

Das Betriebsreglement war nach der in Theorie und Praxis herrschenden Meinung nur ein Verwaltungsbefehl des Bundesrats an die Eisenbahnverwaltungen, ihrerseits ein Betriebsreglement zu

veröffentlichen, das mit diesem übereinstimmte, und nicht eine gesetzesvertretende Norm[1]).

Dasselbe muss für die Verkehrsordnung gelten. Die Verkehrsordnung erhält somit für das mit der Eisenbahn kontrahierende Publikum erst dadurch Bedeutung, dass sie in dem Betriebsreglement der Bahn in gehöriger Weise publiciert ist. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, dass die Verkehrsordnung im Reichsgesetzblatt publiciert ist, während das Betriebsreglement im Centralblatt erschien. Denn Art. 2 der Reichsverfassung bezieht sich nur auf Gesetze. Nicht einmal eine Erleichterung des Publikationsmodus kann aus der Veröffentlichung im Reichsgesetzblatt gefolgert werden. Denn die Veröffentlichung ist nur für die Eisenbahnen bestimmt und diese sind dem Publikum gegenüber zum Erlass eines mit der Verkehrsordnung übereinstimmenden Betriebsreglements durch nichts verpflichtet. Wollen sie es thun, so müssen sie dies dem Publikum genau so zur Kenntnis bringen, als wenn sie ein abweichendes Reglement veröffentlichen wollen. Dass die Eisenbahnen zur Befolgung des Befehls des Bundesrats im Verwaltungswege gezwungen werden können, ist privatrechtlich unerheblich. Eine Abmachung zwischen Transportgeber und Transportnehmer entgegen den Bestimmungen der Verkehrsordnung ist für die Kontrahenten um nichts weniger rechtsverbindlich.

Thatsächlich ist es aber die Regel, dass das Betriebsreglement der Verkehrsordnung entspricht.

Für die Frage, wie der Transportvertrag zwischen Eisenbahn und Passagier geschlossen wird, giebt also die Verkehrsordnung die thatsächliche Unterlage. Rechtsgrundlage ist sie nicht[2]).

II.

Der Eisenbahnunternehmer.

A. Begriff.

Die gesamte Eisenbahneinrichtung hat die Bestimmung, zur Beförderung von Personen oder Sachen zu dienen. Das mittels der Eisenbahneinrichtung betriebene Beförderungsgeschäft ist die Eisenbahnunternehmung.

---

[1]) Anders Schott a. a. O. S. 415 widerlegt von Laband, Staatsrecht. Bd. II § 73 S. 125 ff. s. auch S. 127 Anm. 2. Entsch. d. R.O.H.G. Bd. XIX S. 184. Bd. XV S. 156.

[2]) Einen Aufsatz, der vornehmlich die geltenden Reglements zusammenstellt hat Endemann unter dem Titel: „Die Rechtsgrundlagen des Eisenbahntransportgeschäfts“ publiciert. Busch's Archiv Bd. XXXXII S. 191—290.

Endemann[1]) sieht in dieser Eisenbahnunternehmung einen lebendigen Organismus mit selbständiger Wesenheit, also ein Zweckvermögen, das wie die Stiftung sich selber Herr ist[2]). „Man werde der Eisenbahnunternehmung eine selbständige Wesenheit auch dann nicht absprechen können, wenn man dieselbe dem Privatgeschäft des Kaufmanns nicht zugestehen wolle. Das Geschäft sei es, welches mit Dritten durch seine Verwaltung in Verkehr trete und Beförderungsgeschäfte treibe."

Ob das Eisenbahngeschäft Zweckvermögen ist, braucht hier nicht untersucht zu werden. Jedenfalls reicht aber der von Endemann vorgebrachte Grund, dass das Eisenbahngeschäft in gewisser Beziehung durch öffentlich rechtliche Normen der Privatdisposition entzogen ist, nicht aus, um ihm die Eigenschaft eines selbständigen Zweckvermögens zu verleihen. Die Personifikation der Eisenbahnunternehmung findet auch sonst in den massgebenden Gesetzen ebensowenig wie in einer begründeten Anschauung des Verkehrs einen Anhalt. Die Durchführung dieser Theorie von der „Rechtssubjektivität" der Eisenbahnunternehmung würde zu den unhaltbarsten Konsequenzen führen. Sie wird auch nicht einmal von Endemann ernstlich versucht, denn bald darauf sagt er, dass das Eisenbahngeschäft in seiner Totalität Gegenstand der Innehabung, der Übertragung und der Disposition sei.

Die Eisenbahnunternehmung ist in Beginn, Fortbestand und Funktion abhängig von einem ausserhalb stehenden, allein massgebenden Willen, und nur auf die freie Entschliessung dieses Willens wirken die öffentlich rechtlichen Normen ein.

Wie bei jeder Unternehmung und bei jeder Ausführung eines einzelnen Geschäftes, können auch bei der Eisenbahnunternehmung der Eigentümer der dem Unternehmer dienenden Einrichtung und derjenige, der mittels der Einrichtung das Unternehmen betreibt, verschiedene Personen sein[3]). Derjenige, der die Transportunternehmung treibt, kann dies im fremden Namen, also im Namen des Eigentümers, oder er kann es im eigenen Namen thun. In dem letzteren Falle aber ist er es, der rechtlich als derjenige erscheint, welcher mittels der Eisenbahnunternehmung Beförderungsgeschäfte betreibt und für den aus dem Betriebe, soweit Übernahme und Ausführung von Transportgeschäften in Betracht kommen, unmittelbar

[1]) Endemann: „Recht der Eisenbahnen." Leipzig 1886. § 82 S. 393 ff. und „Das Deutsche Handelsrecht" Heidelberg 1876. § 15 S. 62 ff.

[2]) Bekker: Zweckvermögen. Ztschrft. Bd. IV. S. 500.

[3]) Über die einzelnen Möglichkeiten siehe Endemann: Recht der Eisenbahnen § 83 S. 398.

Rechte und Pflichten entstehen. Dann ist er der Eisenbahnunternehmer.

In konstanter Praxis bezeichnet das Reichsgericht als ‚Betriebsunternehmer' im Sinne des § 1 des Haftpflichtgesetzes denjenigen, für dessen Gefahr und Rechnung der Betrieb stattfindet, dergestalt, dass der ökonomische Effekt des Betriebes ihm zum Vorteil oder Nachteil gereicht[1]). Hier handelt es sich aber darum, wer durch die Eisenbahnunternehmung Transportgeschäfte betreibt. Und für diese Frage ist es vollständig gleichgültig, auf wessen Rechnung und Gefahr der Betrieb geht. Das ist ein blosses Internum zwischen dem Eigentümer der Einrichtung und demjenigen, dem der Betrieb überlassen ist. Massgebend ist allein, in wessen Namen der Betrieb erfolgt.

Nur der, welcher die Eisenbahnunternehmung im eigenen Namen betreibt, ist es also, mit dem wir es als dem Subjekt der Eisenbahnunternehmung bei der Erörterung der Rechtsnatur des Personentransportgeschäfts der Eisenbahnen allein zu thun haben[2]).

Eisenbahnunternehmer kann eine Person des privaten oder des öffentlichen Rechts sein. Soweit der Betrieb von Transportgeschäften in betracht kommt, wird durch diese Verschiedenheit in der Person des Unternehmers an sich eine Verschiedenheit in den rechtlichen Gesichtspunkten noch nicht begründet[3]). Insbesondere giebt es einen von dem Privatbetrieb rechtlich zu sondernden Staatsbetrieb solange nicht, als der Staat für den Staatsbetrieb nicht besondere Rechtsregeln aufstellt. Giebt der Staat dadurch, dass er solche Regeln nicht aufstellt, zu erkennen, dass er das von ihm übernommene Unternehmen nicht anders betreiben will, als dies auch durch einen privaten Unternehmer geschehen kann, so folgt mit Notwendigkeit, dass Staats- und Privatbetrieb nach denselben Regeln, und zwar denen des Privatrechts zu beurteilen sind. Der Betrieb der Post und der Telegraphie erfolgt durch das Reich nach besonderem für diesen Betrieb gesetzten Recht.

Für den Betrieb einer Eisenbahn durch den Staat fehlt es an einem Sonderrecht.

---

[1]) Entsch. d. 6. C.-Sen. d. R. G. vom 8. XI. 1888 und die dort citierten Entsch. d. R. G. und R. O. H. G. Eger: Eisenbahnrechtliche Entscheidungen Bd. VI S. 426.

[2]) Endemann: Recht der Eisenbahnen § 83.

[3]) Behrend: Lehrbuch des Handelsrechts. Berlin-Leipzig 1886 Bd. I S. 102. Goldschmidt: Handbuch. Bd. I S. 349. „Andererseits wird privatrechtlich an der Natur des Handelsgeschäfts nichts geändert, wenn das Subject desselben eine Person des öffentlichen Rechts ist."

Damit ist der tiefgreifende Unterschied gegeben, dass für den Staatsbetrieb der Post und Telegraphie das einschlägige Privatrecht nur insoweit in betracht kommen kann, als ihm das vom Staat für sich selbst gesetzte Sonderrecht Raum giebt[1]), während für den Betrieb einer Eisenbahn durch den Staat eine andere rechtliche Beurteilung, als für den Betrieb durch eine Privatperson nicht begründet erscheint[2]).

B. Die Kaufmannsqualität des Eisenbahnunternehmers.

Für den Eisenbahnunternehmer können kraft positiver gesetzlicher Vorschrift vermöge gewisser persönlicher Eigenschaften desselben die in betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen gelten. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Eisenbahnunternehmer eine Handelsgesellschaft im Sinne des zweiten Buches des Handelsgesetzbuchs, eine öffentliche Bank (Art. 5 H.G.B.), eine Genossenschaft im Sinne des Reichsgesetzes vom 1. Mai 1889 (§ 17 l. c.)[3]) oder eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Sinne des Reichsgesetzes vom 20. April 1892 (§ 13 Abs. 3 l. c.) ist.

Betreibt ein solcher Eisenbahnunternehmer mittels der Eisenbahneinrichtung das Gewerbe der Personenbeförderung, so hat diese seine persönliche Eigenschaft zur Folge, dass das einzelne zum Betriebe dieses Gewerbes gehörende Personenbeförderungsgeschäft als Handelsgeschäft nach Maassgabe der Bestimmungen des vierten Buches des Handelsgesetzbuchs zu beurteilen ist. Art. 273, 274 H.G.B.. Der Eisenbahnunternehmer kann ferner, auch abgesehen von den vorstehend erwähnten Fällen, Kaufmann sein vermöge des gewerbemässigen Betriebes der Geschäfte des Frachtführers mittels der Eisenbahneinrichtung. Art. 272 No. 3 H.G.B. Eine Personenbeförderung, welche ein solcher Eisenbahnunternehmer im Betriebe seines Frachtführer-Gewerbes übernimmt, ist vermöge der Kaufmannseigenschaft des Unternehmers als Handelsgeschäft nach den einschlägigen Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs zu beurteilen.

Schliesslich hat aber auch der Betrieb des Personenbeförde-

---

[1]) So auch Goldschmidt: System des Handelsrechts. 1889 II. Aufl. § 128 S. 192.

[2]) Zorn: Das Staatsrecht des Deutschen Reichs. Berlin und Leipzig 1880. Bd. II § 26 No. II 7a. S. 52. — von Kirchenheim: Postverwaltung. von Holtzendorff's Rechtslexikon. Leipzig 1881 Bd. III S. 110.

[3]) § 1 l. c. ist nur exemplifikativ. Die Bildung einer Genossenschaft von Eisenbahnunternehmern ist dadurch nicht ausgeschlossen, dass sie von § 1 nicht erwähnt wird.

rungsgewerbes selbst die Wirkung, dass der Eisenbahnunternehmer Kaufmann und das einzelne zum Betriebe dieses Gewerbes gehörende Personenbeförderungsgeschäft Handelsgeschäft ist.

Art. 272 H.G.B. bestimmt:

„Handelsgeschäfte sind ferner die folgenden Geschäfte, wenn sie gewerbemässig betrieben werden:

No. 3: Die Geschäfte der für den Personentransport bestimmten Anstalten."

Das Wort Anstalt ist hier nicht im technisch-juristischen Sinne gebraucht, sondern soll, wie die Berichte der Nürnberger Kommission sagen, nur auf einen grösseren Umfang des Betriebes und eine mehr kaufmännische Betriebsart hinweisen und so dem verständigen richterlichen Ermessen einen genügenden Anhaltspunkt bieten[1]). Anstalt soll demnach nur eine Unternehmung bezeichnen, welche vermöge der Einrichtung und der Art, wie sie betrieben wird, zu einem erheblichen Betrieb der Geschäfte geeignet ist.

Die Frage, ob die einzelne Unternehmung Anstalt in diesem Sinne ist, muss daher nach rein thatsächlichen Momenten beantwortet werden. Jedenfalls ist die Eisenbahnunternehmung, welche die Personenbeförderung unter Zuhülfenahme von Dampfkräften mit Transportmitteln, die auf festen Schienen laufen, betreibt, mag der Betrieb auch relativ noch so geringfügig sein, stets eine solche Anstalt.

Ferner verlangt der Art. 272 No. 3, dass die Personenbeförderungsgeschäfte gewerbemässig betrieben werden[2]). Unter „gewerbemässig betreiben" ist m. E. zu verstehen, was das Strafgesetzbuch präciser mit den Worten ausdrückt: ‚aus dem Betriebe ein Gewerbe machen'[3]) und nicht, wie ein Gewerbe betreiben[4]).

Gewerbe ist nach Goldschmidt's Ansicht, dessen Deduktion ich vollständig folge, eine selbständige Thätigkeit als Ausfluss des Willens diese Thätigkeit zu einer dauernden Erwerbsquelle zu machen. Gewerbemässig betreiben heisst somit: betreiben als dauernde Einkommensquelle.

---

[1]) Prot. S. 1294.

[2]) Über den Begriff des Gewerbes und den davon abhängigen Begriff „gewerbemässig betreiben" besteht eine grosse Litteratur. Zusammenstellung derselben bei Eger: Das Deutsche Frachtrecht. II. Aufl. Bd. I. S. 10—12. Die in Theorie und Praxis herrschende von Goldschmidt Handbuch Bd. II § 43 S. 334 ff. begründete Ansicht liegt den folgenden Ausführungen zu Grunde. Nach der Begründung und Verteidigung die Goldschmidt seiner Ansicht hat zu Teil werden lassen, glaube ich keine Veranlassung zu erneutem Eingehen auf dieselbe zu haben.

[3]) § 284 St. G. B.

[4]) cfr. Thöl: Das Handelsrecht II. Aufl. 1879 Bd. I § 30.
v. Hahn: Kommentar II. Aufl. ad Art. 4 Bd. I S. 21—22.

Damit die Anwendung des Art. 272 No. 3 gerechtfertigt ist, muss also immer festgestellt werden, dass der Eisenbahnunternehmer aus dem Betriebe der Personenbeförderungsgeschäfte ein Gewerbe macht. Keyssner[1]) hält diese Feststellung für überflüssig, da er meint, dass der Grossbetrieb und somit auch der Betrieb der Anstalten stets gewerbemässig sei. Diese und auch die weitergehende Ansicht Endemann's[2]), dass schon in der Absicht, eine ganze Reihe von Geschäften abzuschliessen, welche dem Gewerbewillen inhäriert, von selbst die Absicht, daraus eine Einkommensquelle zu machen, folge, beruhen aber auf einer unzutreffenden Beobachtung. Allerdings kann dem Grossbetrieb die Absicht einer dauernden Thätigkeit nie fehlen. Die Absicht aber, aus dem Betriebe ein ständiges Einkommen zu ziehen, braucht mit der ersteren Absicht durchaus nicht verbunden zu sein. Im Gegenteil kann gerade bei Eisenbahnanstalten der Betrieb rein nach volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten erfolgen, ohne dass ein Erwerb beabsichtigt ist.

Es kann aber auch in dem Betriebe die Erwerbsabsicht mit anderen Absichten, deren Erreichung durch den Betrieb angestrebt wird, konkurrieren, und zwar wird dies regelmässig dann der Fall sein, wenn der Eisenbahnunternehmer eine Person des öffentlichen Rechts, insbesondere der Staat ist. Es fragt sich dann, inwieweit die Erwerbsabsicht vorhanden sein muss, um den Betrieb noch als einen gewerbemässigen erscheinen zu lassen. Goldschmidt[3]) beantwortet diese Frage dahin, dass entscheidend sei, ob der principale Zweck die Erzielung eines dauernden Erwerbes, oder aber die Erfüllung öffentlicher Funktionen sei. Der Einwand, den das Reichs-Ober-Handelsgericht[4]) gegen diese Ansicht macht, dass sie nämlich in Ermangelung jeder äusseren Erkennbarkeit der principalen Intention des Staates den Begriff der Gewerbemässigkeit den bedenklichsten Schwankungen aussetzen würde, ist jedenfalls berechtigt, obwohl nicht ausschlaggebend. Goldschmidt's Ansicht scheint aber in der That zu eng zu sein.

M. E. wird man einen Betrieb dann immer einen gewerbemässigen nennen müssen, wenn die Erwerbsabsicht[5]) einen Einfluss auf die Gestaltung des Betriebes ausübt. Dies ist eine notwendige Folgerung aus der vorstehend gegebenen Definition des Begriffes

[1]) Keyssner: Kommentar ad Art. 272 No. 3 H. G. B.
[2]) Handbuch des Handelsrechts. Bd. I S. 68.
[3]) Handbuch des Handelsrechts. Bd. I S. 349.
[4]) Entsch. d. II. Sen. d. R. O. H. G. vom 14. XII. 1871 Bd. III S. 405.
[5]) Mit Erwerbsabsicht ist aber nicht zu verwechseln die Absicht die Selbstkosten zu decken.

„gewerbemässig betreiben". Denn man betreibt dann ein Geschäft in der Absicht daraus ein ständiges Einkommen zu ziehen, wenn man den Betrieb so gestaltet, dass aus ihm ein Einkommen zu erwarten ist.

Ist die Erreichung der anderen Absichten allein massgebend für die Gestaltung des Betriebes und besteht die Erwerbsabsicht nur darin, den Gewinn zu lukrieren, der sich eventuell aus diesem Betriebe ergiebt, so erfolgt der Betrieb nicht in der Absicht, aus ihm ein dauerndes Einkommen zu ziehen, sondern die Erwerbsabsicht ist ein Faktor für sich, der für die Verwendung des etwa zu erzielenden Gewinnes, nicht aber für die Erzielung massgebend ist. Sobald aber die Erwerbsabsicht einen auch noch so geringen Einfluss auf die Gestaltung des Betriebes hat, so dass die Frage, ob ihr genügt wird, immerhin bestimmend ist bei der Entscheidung, inwieweit den anderen Zwecken Rechnung getragen werden soll, so ist die Erwerbsabsicht ein Faktor, der dem Betriebe selbst innewohnt, und ich glaube nicht, dass man berechtigt ist, das, was thatsächlich für den Charakter des Betriebes massgebend ist, rechtlich zu ignorieren[1]). Auch glaube ich, dass gegen diese Ansicht der vorerwähnte Einwand des Reichs-Ober-Handelsgerichts nicht Platz greift. Nach ihr handelt es sich nicht um den stets schwer zu ermittelnden Grad einer dem Betriebe innewohnenden Absicht, sondern nur darum, ob diese Absicht überhaupt dem Betriebe[2]) innewohnt. Dies wird sich aber stets, oft auch schon aus einzelnen Thatsachen, feststellen lassen[3]).

Wir sahen, dass die Eisenbahnunternehmung stets als Anstalt im Sinne des Art. 272 No. 3 H.G.B. anzusehen ist. Das entgeltliche Personenbeförderungsgeschäft der Eisenbahnunternehmung gehört also stets zu den subjektiven Grundhandelsgeschäften. Der gewerbe-

[1]) Dies scheint mir auch die Ansicht Behrend's zu sein. Lehrbuch des Handelsrechts. Berlin-Leipzig 1880 Bd. I § 25 S. 93. Dort heisst es: „Nur diejenigen Anstalten, bei welchen die Erwerbsabsicht ganz in den Hintergrund tritt, sind, auch wenn sie Erträge abwerfen, nicht als Kundgebungen eines Gewerbebetriebes zu betrachten."

[2]) Massgebend ist nur der Betrieb, wie er stattfindet. Bei den Staatseisenbahnen insbesondere ist gar kein Wert auf die Gründe zu legen, welche für den Bau bzw. den Erwerb der Bahn massgebend waren. Behrend a. a. O. S. 93. Das Reich baut eine Eisenbahn aus Gründen der Landesverteidigung, im Frieden betreibt es mittels derselben gewerbemässig Fracht- und Personenbeförderungsgeschäfte. s. auch Goldschmidt Handbuch Bd. I S. 349 Anm. 12.

[3]) Man denke z. B. an den neuerdings vorgekommenen Fall, dass die Staatseisenbahnverwaltung, obwohl sie bekanntlich grosse Gewinne erzielt, Schnellzüge, die für den Verkehr unentbehrlich sind, aufgiebt, weil sie mit diesen speciell mit Verlusten arbeitet.

mässige Betrieb desselben macht mithin den Eisenbahnunternehmer zum Kaufmann. Sofern es richtig ist, dass für den Staat als Eisenbahnunternehmer, soweit der Betrieb von Transportgeschäften in betracht kommt, eine besondere rechtliche Beurteilung nicht einzutreten hat, so folgt, dass auch der Staat in diesem Fall Kaufmann ist. Diese rechtliche Eigenschaft des Eisenbahnunternehmers hat nun ihrerseits die Folge, dass das einzelne zum Personenbeförderungsgewerbe gehörige Personenbeförderungsgeschäft gemäss Art. 273 H.G.B. als Handelsgeschäft erscheint, und darum in erster Linie nach den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs, in zweiter nach Handelsgebräuchen und in deren Ermangelung nach bürgerlichem Recht zu beurteilen ist. Art. 1 H.G.B. Da das Handelsgesetzbuch das Personenbeförderungsgeschäft nicht regelt, so kommt nur der erste Titel des vierten Buches ‚von den Handelsgeschäften im Allgemeinen' in Betracht.

III.

Das Verhältnis des Eisenbahnunternehmers zu dem beförderungsbedürftigen Publikum. Existirt ein Transportzwang?

Die Eisenbahn ist ein Verkehrsmittel im grössten Stil, das die Personenbeförderung, soweit sie die Grenzen des Lokalverkehrs überschreitet, nahezu vollständig für sich monopolisiert hat. Ein gesetzliches Beförderungsmonopol, wie für die Post, existiert zwar für die Eisenbahn nicht. Der Unternehmer kann nicht beanspruchen, dass jede Beförderung durch ihn geschehe[1]). Thatsächlich wirkt aber das faktische Monopol der Eisenbahnen nicht viel anders, als das rechtliche Monopol der Post.

Die nicht nur theoretisch wichtige Frage ist hier zu erörtern: Ist der Unternehmer einer dem öffentlichen Verkehr bestimmten Eisenbahn verpflichtet, jede von ihm verlangte[2]) Personenbeförderung auszuführen?

Bezüglich des Sachentransports ist diese Pflicht gesetzlich durch Art. 422 H. G. B. festgelegt, und noch uneingeschränkter wurde sie durch § 26 No. 2 bzw. § 32 No. 2 des Gesetzes vom 3. No-

[1]) Goldschmidt: Haftungspflicht der Eisenbahnen. Ztschrft. Bd. IV S. 649.

[2]) Dieser allgemeine Ausdruck wird hier gewählt, weil selbst wenn die jetzt zu untersuchende Frage bejaht wird, es immer noch streitig ist, ob alsdann ein Zwang zu kontrahieren oder ein unmittelbarer Zwang zu befördern vorliegt.

vember 1838 ausgesprochen. Auf Grund dieser gesetzlichen Bestimmung steht Jedem, der die vorgeschriebenen Bedingungen erfüllt, ein im Klagewege erzwingbares Recht auf Annahme des von ihm gestellten Beförderungsantrages bezw. ein Schadensersatzanspruch wegen verweigerter Annahme zu.

Für Schott, der in dem Betriebs-Reglement für die Eisenbahnen Deutschlands vom 11. Mai 1874 eine gesetzesvertretende Norm erblickt und mithin auch der Verkehrsordnung für die Eisenbahnen Deutschlands vom 15. November 1892 dieselbe Stellung einräumen wird, ist diese Frage durch § 6 des Betriebs-Reglements bzw. der Verkehrsordnung, die sich präciser ausdrückt, in bejahendem Sinne, allerdings mit der Einschränkung entschieden, dass Recht und Pflicht nur dann zu Recht bestehen, „wenn die Beförderung mit den regelmässigen Transportmitteln möglich ist“[1]).

Die Verkehrsordnung ist aber als blosse Verwaltungsvorschrift nicht imstande, ein Privatrecht zu begründen.

Auch aus Art. 44 der Verfassung des Deutschen Reichs, der nach Schott die Transportpflicht des Eisenbahnunternehmers voraussetzt[2]), lässt sich diese Pflicht nicht begründen. Der Wortlaut des Artikels bietet hierfür nicht den geringsten Anhalt[3]).

Eine reichsgesetzliche Bestimmung, aus der die Pflicht des Eisenbahnunternehmers, jede von ihm verlangte Personenbeförderung auszuführen, herzuleiten wäre, existiert nicht.

Von den Preussischen Landesgesetzen können allein das Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen vom 3. November 1838 und das Gesetz über Kleinbahnen und Privatanschlussbahnen vom 28. Juli 1892 in Betracht kommen.

Bezüglich der „dem öffentlichen Verkehr dienenden“[4]) Kleinbahnen bestimmt § 21 l. c.:

„Die angesetzten Beförderungspreise haben gleichmässig für alle Personen oder Güter Anwendung zu finden.“

Aus diesem Satze folgt zunächst, dass die von dem Eisenbahnunternehmer übernommenen Beförderungen sämtlich zu denselben Preisen auszuführen sind. Aber dies ist nur die eine Seite dieser

---

[1]) Schott a. a. O. S. 477. 525.

[2]) a. a. O. S. 478.

[3]) Eger: Das Deutsche Frachtrecht. II. Aufl. Berlin 1891. Anm. 196 zu Art. 422. H. G. B. Bd. III S. 181: „Die Annahme Schott's, dass die Reichsverfassung im Art. 44 den Transportzwang für den Güter- und Personentransport voraussetzt, ist irrig. Das ist weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn des Artikels zu erkennen.“

[4]) § 1. l. c.

Bestimmung. Der Paragraph sagt ausdrücklich: „gleichmässig für alle Personen“. Daraus folgt, dass, wenn alle Personen hinsichtlich der Beförderungspreise gleichmässig zu behandeln sind, auch allen Personen gegenüber hinsichtlich der Beförderung selbst gleichmässig zu verfahren ist[1]). Das eine ist die notwendige Voraussetzung des anderen.

Wenn es im folgenden heisst:

„Ermässigungen der Beförderungspreise, welche nicht unter Erfüllung der gleichen Bedingungen Jedermann zu Gute kommen, sind unzulässig“, so kann dies nicht auf die angenommenen Beförderungen beschränkt werden. Das „Jedermann zu Gute kommen“ muss auch für die Annahme zur Beförderung gelten,

§ 21 spricht das Princip der Gleichstellung aller Personen aus. Aus diesem folgt für Jeden das Recht, von dem Unternehmer einer dem Gesetz unterstehenden Kleinbahn, die dem öffentlichen Personenverkehr dient, zu fordern, dass die verlangte Beförderung ausgeführt werde.

Doch auch hier sind Pflicht und Recht nur dann anzuerkennen, wenn die Beförderung sich mit den regelmässigen Transportmitteln bewerkstelligen lässt. Dies, aber auch nur dies, ergiebt sich aus der grundsätzlichen Gleichstellung Aller. Es wird weiter unten noch zu erörtern sein, ob ausserhalb des Gesetzes liegende Gründe zur Verschärfung dieser Pflicht des Unternehmers führen[2]).

Ist somit für die Kleinbahnen durch positive gesetzliche Bestimmung ein Jedem, wenn auch in gewissen Schranken, zustehendes Recht begründet, die Annahme zur Beförderung zu verlangen, so fehlt eine solche Bestimmung für die dem Gesetz von 1838 unterstehenden Eisenbahnen. § 32 No. 2 dieses Gesetzes bezieht sich allein auf die Waarenbeförderung.

Somit bleibt es nur übrig, die Lösung der Frage aus der rechtlichen Natur des Eisenbahnunternehmens selbst zu versuchen.

a) Die Eisenbahn als öffentliche Strasse.

Im Bericht der auf Grund der Allerhöchsten Botschaft vom 14. Februar 1873 eingesetzten „Specialkommission zur Unter-

[1]) So auch Gleim: Erläuterung des Gesetzes. Berlin 1892. S. 75. Anm. 2 zu § 21: Durch die Absätze 2 und 3 ist dem nach § 32 des Eisenbahngesetzes für die Eisenbahnen geltenden Grundsatz, dass zu den festgesetzten Beförderungspreisen alle Transporte ohne Unterschied der Interessenten auszuführen seien, auch für die Kleinbahnen Geltung verliehen.

[2]) s. S. 42.

suchung des Eisenbahnkoncessionswesens" wird der Grundsatz ausgesprochen[1]):

„Die Eisenbahnen sind öffentliche Transportanstalten und stehen ihrem Wesen und Zwecke nach den Landstrassen gleich"[2]).

Das Wort Eisenbahnen ist, wie sich aus dem Inhalt des Satzes ergiebt, nicht in dem engeren Sinne des Schienenweges gebraucht, sondern es bedeutet die gesamte Transportanstalt: Schienenweg und das Transportunternehmen auf demselben. Stände die Eisenbahn in diesem weiteren Sinne den Landstrassen gleich, so müsste der auch nach gemeinem Recht gültige § 7 II 15 A. L. R. auf sie in Anwendung zu bringen sein:

„Der freie Gebrauch der Land- und Heerstrassen ist einem Jeden zum Reisen und Fortbringen seiner Sachen gestattet."

Mit der Modifikation allerdings, dass ebenso, wie bei den durch Private erbauten Kunststrassen dem Unternehmer das Recht zur Erhebung einer Abgabe für die Benutzung seines Unternehmens zu gestatten wäre[3]).

Doch widerspricht der Satz, in dem Umfange, wie er von der Kommission gemeint ist, der Auffassung des allein massgebenden Gesetzes vom 3. November 1838[4]).

Die Idee, dass die Eisenbahnen öffentliche Strassen sind, ist so alt, wie die Eisenbahnen selbst. Bereits in der Liverpool-Manchester-Eisenbahn-Act vom 6. April 1826 ist ausgesprochen, dass die Eisenbahn eine freie Strasse sein soll, frei wie die Landstrasse und der Kanal gegen Zahlung gewisser Wegegelder an die Eisenbahngesellschaft[5]). Dieser Satz, der sich dann ständig in den englischen Eisenbahngesetzen wiederholt, scheidet zwischen Schienenweg und Transportunternehmen auf demselben. Nur den ersteren stellt er den öffentlichen Landstrassen gleich. Das Transportunternehmen auf dem Schienenweg denkt er sich nicht anders, als das Transportunternehmen auf der Landstrasse. In die Praxis ist diese eng-

[1]) Anlagen zu den stenographischen Berichten über die Verhandlungen des Hauses der Abgeordneten während der 1. Session der 12. Legislatur-Periode 1873—1874. Band I. S. 117.

[2]) Auch Goldschmidt: Haftungspflicht der Eisenbahnverwaltungen. Zeitschrift Bd. IV S. 588 sagt: „Alle Eisenbahnen, soweit sie dem öffentlichen Verkehr bestimmt sind, erscheinen als öffentliche Strassen im eminenten Sinne. Sie müssen unter festen und gleichen Bedingungen Jedem zur Benutzung offen stehen."

[3]) Kabinetsordre vom 21. Juli 1809.

[4]) Die Schrift von Weizmann: „Die Eisenbahn als öffentliche Strasse" Berlin 1875, behandelt diese Frage nur nach praktischen Gesichtspunkten.

[5]) Cohn: Die Entwicklung der Eisenbahngesetzgebung in England. Leipzig 1874. Band I S. 35.

lische Idee nicht übertragen worden. Das Betriebsmonopol auf der Linie hat sich mit Notwendigkeit aus der eigentümlichen Natur des Eisenbahnbetriebes entwickelt. Gemeingut selbst im beschränktesten Sinne ist der Schienenweg nie geworden. Er kann nur dem Transportunternehmen eines oder einer ganz beschränkten Anzahl von Betriebsberechtigten dienen. Thatsächlich verbinden sich Schienenweg und Transportunternehmen auf demselben zu einem Ganzen. Aber der Gedanke der englischen Gesetzgebung führt zu einer getrennten rechtlichen Behandlung der beiden Bestandteile dieses Ganzen. Der Schienenweg überträgt seine Eigenschaft als öffentliche Strasse nicht auf das Transportunternehmen, durch das er doch allein die Funktion einer Strasse erlangen kann. Eine solche Konstruktion musste die Trennung, welche von der Gesetzgebung in die Eisenbahnanstalt hineingetragen wurde, ausschliessen. So ist es bezeichnend, dass auch in England die Frage bestritten ist, ob Jeder das Recht hat, von dem Eisenbahnunternehmer die Ausführung einer verlangten Beförderung zu fordern[1]).

Mit der Idee, dass der Schienenweg eine öffentliche Strasse sei, hat auch die Konsequenz derselben, die Zerreissung der Eisenbahnanstalt in zwei rechtlich verschieden zu qualificierende Teile in Preussen Eingang gefunden. Für eine aprioristische, theoretische Betrachtung hatte sie in der That viel für sich. Denn das Transportunternehmen teilt an sich diejenigen Eigenschaften des Schienenweges nicht, die zur Gleichstellung dieses mit den öffentlichen Land- und Wasserstrassen führen[2]). Zudem erschien die freie Konkurrenz auf der Linie als das einzige Mittel, um die Eisenbahnen zu dem zu machen, was sie werden sollten: ein Verkehrsmittel für Alle, und sie dem Terrorismus des Monopols, das einem einzigen Betriebsberechtigten zu Teil werden musste, zu Gunsten der Allgemeinheit zu entziehen. Der englische Grundsatz wurde deshalb als notwendigster Bestandteil einer Eisenbahngesetzgebung empfohlen[3]).

Die Preussische Regierung war genötigt, wie bereits einen Teil der Kunststrassenbauten[4]), so auch den Bau der Eisenbahnen der Privatindustrie zu überlassen, aus dem einfachen Grunde, weil „andere dringendere Bauten die disponiblen Mittel in Anspruch

[1]) Cohn: Untersuchungen über die englische Eisenbahnpolitik. Bd. II S. 80 Anm. 1.

[2]) Camphausen: Versuch eines Beitrages zur Eisenbahngesetzgebung. Köln 1838 S. 11.

[3]) Camphausen a. a. O. S. 43.

[4]) Kabinetsordre vom 21. Juli 1809.

nahmen“ [1]) und der Aufnahme neuer Anlehen durch die Verordnung wegen der künftigen Behandlung des Staatsschuldenwesens vom 7. Januar 1820, das damals unüberwindliche Hindernis geschaffen war, dass sie nur „unter Zuziehung und Mitgarantie der zukünftigen reichsständischen Versammlung geschehen“ konnte. Sie beschränkte sich deshalb darauf, ebenso wie bei dem Privatbau der Kunststrassen, der Privatindustrie für jedes Stadium des Baus und Betriebs einer Eisenbahn ihre thätige Hülfe in Aussicht zu stellen[2]). Die englische Idee musste sie daher um so lieber auffassen, als in ihr eben das Schutzmittel gegen die üblen Folgen der Überlassung des Baus und Betriebs der Eisenbahnen an die Privatindustrie gefunden wurde. Wie die von Privaten erbaute Kunststrasse, so sollte auch der Schienenweg von Jedem gegen Entrichtung einer Abgabe zur Beförderung benutzt werden können.

Als im Dezember 1833 einem in Cöln zusammengetretenen Comité die Bewilligung zur Anlage einer Eisenbahn von Cöln nach der belgischen Grenze erteilt wurde, geschah dies unter der Bedingung, dass der Gebrauch der Bahn gegen Erlegung des Bahngeldes Jedem gestattet sein, und der Gesellschaft ein ausschliessliches Recht nicht zustehen solle[3]).

So ist die Trennung zwischen Schienenweg und Transportunternehmen auch in das Gesetz vom 3. November 1838, dessen Auffassung für uns heute noch massgebend ist, eingedrungen. Auf der einen Seite steht „die Bahn und deren Zubehör“, auf der anderen „das Fuhr- und Transportunternehmen nebst dem dazu gehörigen Inventar“ §§ 29. 30 l. c. § 8 No. 5 sagt: „Der Gesellschaft wird das Recht zur Expropriation, welchem auch die Nutzungsberechtigten unterworfen sind, verliehen. Dasselbe erstreckt sich insonderheit: .... 5) überhaupt auf den Grund und Boden für alle sonstigen Anlagen, welche zu dem Behufe, damit die Bahn als eine öffentliche Strasse zur allgemeinen Benutzung dienen könne, erforderlich sind.“

Die Bahn, und damit meint das Gesetz — darüber kann nach dem feststehenden Sprachgebrauch desselben kein Zweifel sein — eben nur den Schienenweg, ist also principiell eine öffentliche

[1]) Dritter Landtagsabschied für die Provinz Westphalen. Kamptz Annalen 1832 Bd. XVI S. 748.

[2]) Vierter Landtagsabschied für die Rheinischen Provinzialstände vom 3. März 1835. Kamptz Annalen 1836 Band XX S. 478.

von Rönne: Die Wege-Polizei und das Wegerecht des Preussischen Staates. Breslau 1852 S. 3.

[3]) Camphausen a. a. O. S. 17.

Strasse. Von einer scharfen Durchführung dieses Princips nicht nur nach dem Gesichtspunkt der allgemeinen Benutzbarkeit, sondern auch in den Konsequenzen für die Eigentumsverhältnisse, kann indes keine Rede sein[1]). Die in dem ganzen Gesetz deutlich erkennbare Absicht, dem in den Eisenbahnen angelegten Privatkapital den möglichsten Schutz zu gewähren, hat die vollen Konsequenzen des aufgestellten Princips nicht zugelassen. Das Eigentum an der Bahn steht der Eisenbahngesellschaft zu, mag es in seiner Ausübung immerhin nach verschiedenen Richtungen gebunden sein. Und gänzlich verkümmert ist auch der Grundsatz der allgemeinen Benutzbarkeit. § 26 räumt der Eisenbahngesellschaft für die ersten drei Jahre das alleinige Recht zum Betriebe ein. § 27, der dem § 7 II, 15 A. L. R. entspricht, sagt:

„Nach Ablauf der ersten drei Jahre können zum Transportbetriebe auf der Bahn ausser der Gesellschaft selbst auch Andere gegen Entrichtung des Bahngeldes oder der zu regulirenden Vergütigung die Befugnis erlangen, wenn das Handelsministerium nach Prüfung aller Verhältnisse angemessen findet, denselben eine Konzession zu erteilen".

Also erst nach Ablauf der ersten drei Jahre kann der Schienenweg, selbst in dieser bedingten Form, eine öffentliche Strasse werden.

Als bezeichnend für den durch das Gesetz im Anschluss an die englische Idee in die Eisenbahnanstalt hineingetragene Dualismus ist noch § 32 zu erwähnen. Dieser unterscheidet für den Fall, dass § 27 zur Anwendung gebracht und das Bahngeld, d. h. die der Abgabe für die Benutzung der Kunststrassen gleichstehende Vergütigung, berechnet ist, in dem Preise, welchen der Eisenbahnunternehmer für die durch ihn selbst zu bewirkende Beförderung fordern kann, zwei Bestandteile: das Bahngeld, d. h. die Abgabe für die Benutzung der öffentlichen Strasse und den Fuhrlohn[2]).

---

[1]) In Frankreich und Belgien gilt der Satz: Le concessionaire du chemin de fer n'est pas le véritable propriétaire du terrain sur lequel le chemin de fer est établi. Par leur nature de voie publique les chemins de fer ne sont point susceptibles d'une propriété privée. La seule chose qui soit réellement accordée au concessionaire, c'est donc uniquement un droit de perception et non un droit à la propriété du chemin. Arrêt de la cour de cassation vom 15. Mai 1861. E Lamé-Fleury Code annoté de chemins de fer. Paris 1872 S. 67. vgl. Art. 42 des modèle de cahier de charges a. a. O. S. 105. Pandectes Belges. Bruxelles 1886. Band VIII S. 556. No. 14.

[2]) § 32: „Es bleibt der Gesellschaft überlassen, nachdem die Regulierung des Bahngeld-Tarifs nach §§ 29 und 30 erfolgt ist, die Preise, welche sie für die Beförderung an Fuhrlohn neben dem Bahngelde erheben will, nach ihrem Ermessen anzusetzen."

Praktisch sind die Bestimmungen der §§ 27 bis 32 nie geworden. Die Schienenwege sind niemals selbst in der engen Form des Gesetzes zu öffentlichen Strassen geworden. Für die Auffassung des Gesetzes sind die Paragraphen aber um nichts weniger charakteristisch. Mit dieser ist der von der Kommission aufgestellte Grundsatz nicht in Einklang zu bringen. Die Eisenbahn als das organische Ganze, zusammengesetzt aus Schienenweg und Transportunternehmen, ist ihrem Wesen nach nicht den öffentlichen Landstrassen gleichzustellen und teilt darum ihre rechtlichen Eigenschaften nicht.

Wenn daher das Gesetz in den §§ 26^2 und 32^2 die Pflicht zur Annahme eines jeden Warentransports ausspricht, so besteht bezüglich der Personenbeförderung eine Lücke, die eben auf Grund der Auffassung des Gesetzes von der rechtlichen Natur der Eisenbahnanstalt nicht ergänzt werden kann. Dies um so weniger, als das Gesetz gerade durch die Betonung dieser Pflicht betreffend den Waarentransport zu erkennen giebt, dass dieselbe nicht aus der rechtlichen Natur der Eisenbahnanstalt folgt. Zwischen Personen- und Sachbeförderung kennt das Recht hinsichtlich der allgemeinen Benutzbarkeit der Landstrassen keinen Unterschied. Wenn die Verpflichtung zur Annahme einer Sachbeförderung nicht aus der Natur des Unternehmens abgeleitet wird, ist dies auch für die Personenbeförderung nicht angängig.

b) Die Theorie Meili's.

Schott beginnt seine Ausführungen über den Transportzwang folgendermassen[1]):

„Der moderne Staat betrachtet die Förderung des Verkehrs als eine der wichtigsten Staatsaufgaben. In Bezug auf das Eisenbahnwesen löst er diese Aufgabe entweder durch Etablierung von Staatsbahnen, oder mittelbar durch Koncessionierung von Privatbahnen. Da sich aber der Staat durch eine solche Koncessionierung seiner Verkehrsaufgaben nicht entledigt, sondern dieselben nur delegiert, so hat er dafür zu sorgen, dass die Eisenbahnen den Verkehrszwecken entsprechend verwaltet werden und dass ihre Vorteile allen Staatsangehörigen zu gute kommen, und da sowohl die Staats- wie die Privatbahnen den Transport in privatwirtschaftlicher Weise betreiben, so legt das Gesetz den Eisenbahnen den Transportzwang auf, welcher nichts ist, als die staatliche Verkehrspflicht in civiler Form."

[1]) a. a. O. S. 477.

Dieser einfache Gedankengang bezweckt einzig und allein das Recht und weitergehend auch die Pflicht des Staats zu begründen, den Grundsatz der Vertragsfreiheit für die Eisenbahnen im Interesse des öffentlichen Verkehrs durch Statuierung des Transportzwanges zu durchbrechen. Pflicht ist in der Bedeutung von ‚Aufgabe' gebraucht. In diesem Sinne wird man Schott wohl folgen können.

Es ist im Grunde derselbe Gedankengang, nur nach einigen Richtungen weiter ausgebaut, durch den Meili[1]) und im Anschluss an ihn Schneeli[2]) zu einem viel weiter gehenden Ergebnis gelangen.

Meili stellt den Satz auf:

Diejenigen Anstalten, welche eine öffentliche Zweckbestimmung haben, und zu diesen gehören die Eisenbahnen, müssen „vermöge einer öffentlich-rechtlichen Obligation mit jedem, der sich präsentiert, kontrahieren" (S. 161). „Jedermann hat einen individuellen Anspruch und daher ein Privatrecht gerichtet auf Erfüllung der den öffentlichen Anstalten obliegenden Verpflichtungen" (S. 163). Man darf sich nicht „auf den einseitigen Boden des Privatrechts stellen." „In dem öffentlichen Recht beruht der tiefere Grund, weswegen bei einem monopolistischen Betriebe, der einem allgemeinen Bedürfnis dient", sei es Staats- oder Privatbetrieb, es nicht der Willkür des Unternehmers überlassen ist, wen er zur Befriedigung dieses Bedürfnisses zulassen will. Denn ohne die Statuierung eines solchen Zwanges würde die öffentliche Zweckbestimmung in einem Verkehrsinstitute vereitelt. Der Kontrahierungszwang muss daher auf allen denjenigen Anstalten ruhen, welche, wie die Eisenbahnen, eine öffentliche Zweckbestimmung haben. Wenn der Staat einen solchen Betrieb selbst in die Hand nimmt, oder ihn delegiert, so muss er dafür sorgen und darüber wachen, dass die Ausnutzung in einer Weise erfolgt, welche jener Tendenz, ein Institut für Alle zu sein, entspricht und hierher gehört insbesondere die Möglichkeit einer allgemeinen Benutzbarkeit. — Dann heisst es noch einmal wörtlich: „Der tiefere Grund des Kontrahierungszwanges liegt in denjenigen Reservatrechten des Staats, welche sich auf die Wahrung der öffentlichen Zweckbestimmung und der allgemeinen Gebrauchsmöglichkeit der betreffenden Anstalten stützen" (S. 163).

Dieselbe Deduktion bringt Schneeli etwas breiter ausgeführt, indes ohne Hinzufügung eines neuen Gedankens. Nur betont er

[1]) Meili: Das Telephonrecht. Leipzig 1885. Kapitel III S. 161 ff.
[2]) Schneeli: Die rechtliche Natur des Eisenbahnfahrscheins. Zürich 1890 S. 1 ff.

noch besonders, dass die von Meili als der „tiefere Grund“ des Kontrahierungszwanges hingestellte Pflicht des Staats daraus herzuleiten sei, dass das Recht, eine Verkehrsanstalt von dem Umfange einer Eisenbahn zu betreiben, ursprünglich nur beim Staate liegen könne und von diesem im Wege der Delegation auf Private übertragen werden müsse. Gegen diese Behauptung liessen sich sowohl vom allgemeinen[1]), wie vom Standpunkt des Preussischen Rechts insbesondere schwere Bedenken vorbringen. Indes kann dies dahingestellt bleiben.

Derartige Erwägungen, wie sie von Meili und Schneeli angestellt werden, wären in den Motiven eines Gesetzes, das den Kontrahierungszwang ausspräche, am Platze.

Hier bildet aber die Existenz des Kontrahierungszwanges das eigentliche Beweisthema. Es handelt sich nicht um die Berechtigung der Statuierung desselben. Die Pflicht des Staats, dafür zu sorgen und darüber zu wachen, dass ein Verkehrsmittel mit öffentlicher Zweckbestimmung Allen gleichmässig zur Benutzung offen stehe, braucht nicht bestritten zu werden. Aus einer Pflicht, wie dieser, etwas zu thun, folgt aber noch nicht, dass es gethan ist. Immer bleibt die Frage offen: Genügt der Staat dieser Pflicht und, wie genügt er ihr? Will er ihr durch Erlass eines Gesetzes genügen, so schafft er durch dieses erst ein Privatrecht. In seinem freien Ermessen steht es aber auch „kraft derjenigen Reservatrechte, welche sich auf die Wahrung der öffentlichen Zweckbestimmung und der allgemeinen Gebrauchsmöglichkeit der betreffenden Anstalten stützen“, d. h. kraft seines ihm über die Eisenbahnen zustehenden Hoheitsrechtes den gewollten Erfolg im Wege des Verwaltungszwanges zu erreichen, wenn er z. B. im Betriebsreglement den Eisenbahnen vorschreibt, jede Beförderung auszuführen.

Ob dieser Zwang ausreichend ist, ob nicht gerade dem Staate selbst gegenüber durch einen Rechtssatz erhöhte Sicherheit geschaffen werden müsste, ist eine Frage, die nur de lege ferenda in betracht kommen kann. Damit, dass etwas als wünschenswert, selbst als notwendig erkannt ist, ist seine Existenz noch nicht begründet. Die Berufung auf das öffentliche Recht ist um so weniger wirksam, als bei den Eisenbahnen höchstens von einem monopol-

[1]) Fischer: Die Verkehrsanstalten des Reichs. v. Holtzendorff's Jahrbücher Bd. II S. 215. „Wären alle Beschäftigungen, welche das Wohl und Wehe des Staates berühren ausschliesslich dem Staate vorbehalten, so müsste der Staat auch der alleinige Fabrikunternehmer, der einzige Zeitungsverleger sein; er würde schliesslich den Traum jener französischen Journalisten, welche in ihm den alleinigen Arbeitgeber erblicken, zu verwirklichen haben.“

artigen Zustande, nicht aber von einem rechtlichen Monopol die Rede sein kann. Was auf Grund öffentlich-rechtlicher Grundsätze dem Monopol gegenüber zu statuieren ist, gilt darum noch nicht einem diesem ähnlichen, faktischen Zustande gegenüber. Die blosse Billigkeit schafft kein Recht.

c) Die Theorie v. Ihering's.

Ihering[1]) tritt der Deduktion Meili's vollständig bei. Er teilt die öffentlichen Anstalten ein in solche, bei denen die öffentliche Benutzung nur den Charakter des Thatsächlichen an sich trägt, und solche, bei denen die öffentliche Benutzung unter den Gesichtspunkt eines Rechts fällt. Die Grenze zwischen beiden Arten zieht er nicht nach dem Stande des positiven Rechts, sondern er sagt: „Für diese Anstalten, welche in der heutigen Gestaltung des Verkehrswesens in bezug auf ihre Unentbehrlichkeit auf einer Linie mit den res publicae der Römer stehen, gilt ganz derselbe Grundsatz, den die römischen Juristen für letztere aufstellen: es findet an ihnen ein rechtlich geschützter usus publicus statt." Die Analogie trifft nicht zu. Dass die Eisenbahnen rechtlich den res publicae nicht gleichstehen, ist schon vorher erörtert. Aus der Gleichheit der rechtlichen Natur lässt sich somit auch die analoge Behandlung hinsichtlich der allgemeinen Benutzbarkeit nicht rechtfertigen. Das will auch Ihering nicht. Er stellt nur die Eisenbahnen in bezug auf ihre Unentbehrlichkeit den res publicae der Römer gleich. Nun kann allerdings die Unentbehrlichkeit für den öffentlichen Verkehr eine Eigenschaft der res publicae sein, aber sie ist keine notwendige Eigenschaft, und im Grunde nur eine Folge der Publicität, die erst die Veranlassung zu der Entwicklung des Verkehrs gegeben hat. Dann schwindet aber auch die Berechtigung zu einer analogen Behandlung der Eisenbahnen mit den res publicae. Denn die Eigenschaft, welche sie mit diesen teilen, ist nicht der rechtliche Grund, der eine Sache zu einer res publica machte, und der deshalb auch nicht für die Eisenbahnen diese Wirkung gegeben werden kann.

d) Die Verkehrseröffnung als einseitiges zum Abschluss von Verträgen verpflichtendes Rechtsgeschäft.

Wenn der Eisenbahnunternehmer Tarif, Fahrplan und Reglement zur öffentlichen Kenntnis bringt, und dieser Veröffentlichung gemäss sein Unternehmen in Betrieb setzt, so giebt er zu erkennen,

[1]) Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen. Jahrb. für Dogmatik Bd. XXIII S. 271.

dass die von ihm betriebene Eisenbahn eine öffentliche Verkehrsanstalt sein soll. Es ist somit erst ein Akt des Unternehmers, der die Eisenbahn thatsächlich zu einer öffentlichen Verkehranstalt macht. Dem Publikum gegenüber ist es ein völlig freier Willensakt. Daraus, dass der Unternehmer, wenn er eine Privatperson ist, vielleicht dem Staat gegenüber zu diesem Akte verpflichtet ist, kann ein Dritter Rechte nicht herleiten. Auch wenn der Staat selbst der Betriebsunternehmer ist, so entscheidet nur er allein über den Zeitpunkt der Verkehrseröffnung. Ein Anspruch auf Verkehrseröffnung steht Niemandem zu. Es ist also erst der freie Willensakt der Verkehrseröffnung, welcher der Eisenbahn die Zweckbestimmung einer öffentlichen Verkehrsanstalt giebt. Darum ist meines Erachtens als Ausgangspunkt für die Untersuchung, ob die öffentliche Benutzung der Eisenbahnen unter dem Gesichtspunkt eines Rechts fällt, einzig und allein die Frage gegeben: Hat der Akt, welcher den Eisenbahnen die thatsächliche Eigenschaft öffentlicher Verkehrsanstalten giebt, auch die Wirkung, diese Eigenschaft zu einer rechtlichen zu machen.

Doch darf diese Frage nicht auf die Eisenbahnen oder die Kategorie der öffentlichen Verkehrsanstalten beschränkt werden. Sie ist in gleicher Weise auf jedes Unternehmen und auf jede Person auszudehnen, die der Öffentlichkeit gegenüber zu erkennen gegeben hat, dass sie bereit sei, mit jedem, der es verlangt, zu kontrahieren. Der Arzt oder der Rechtsanwalt, die sich durch ein Schild an ihrem Hause dem Publikum anbieten, oder der Kaufmann, der ein offenes Waarenlager hat, geben der Öffentlichkeit gegenüber genau dieselbe Erklärung ab, wie der Eisenbahnunternehmer durch die Verkehrseröffnung seiner Bahn.

Die Frage ist also ganz allgemein dahin zu fassen: Giebt die der Öffentlichkeit gegenüber abgegebene Erklärung, dass man bereit sei, mit Jedem, der sich stellt, zu kontrahieren, Jedem einen Anspruch darauf, dass mit ihm dieser Erklärung gemäss kontrahiert werde? Mit einer Auslobung hat diese Erklärung nichts gemein[1]). Auch nicht mit einer Offerte im Rechtssinne. Sie ist eine blosse Ankündigung, dass man bereit sei, nach Maassgabe dieser Bestimmungen zu kontrahieren[2]). Auch ist darüber kein Streit, dass eine solche Ankündigung an sich keinerlei rechtliche Wirkung hat. Meili[3])

[1]) Ihering: Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen. Jahrb. für Dogmatik Bd. IV S. 61. — Regelsberger: Civilistische Erörterungen. Weimar 1868 Bd. I S. 50. 51.

[2]) Windscheid: Pandekten Bd. II § 308. Anm. 20.

[3]) a. a. O. S. 164.

tritt dem auch im allgemeinen bei. Doch glaubt er für das Verkehrsleben andere Grundsätze aufstellen zu müssen: „Wenn die Verkehrsanstalten sich öffentlich zur Leistung dieser Dienste anböten, so sei dies eine auf dem Boden des Privatrechts bethätigte Anerkennung jener publicistischen Pflicht. Das Anerbieten enthalte eine civilistische Offerte, die sich durch die Acceptation zu einer bedingungslosen obligatio erweitere."

Nun ist aber nicht abzusehen, warum die rechtliche Natur einer Erklärung nach der Person des Abgebers verschieden sein soll. Die Erklärung bleibt dieselbe, ob sie von einem Eisenbahnunternehmer, oder dem Inhaber eines Karoussels abgegeben wird.

Nur die Wirkung der Erklärung kann je nach der Person des Abgebenden eine verschiedene sein. Und stellenweise hat das Gesetz einer solchen Erklärung eine bindende Wirkung beigelegt. Schon § 1743 II, 8 A. L. R. bestimmte, dass dem Schiffer eines durch die Bezeichnung als Post- oder Packetboot ausdrücklich zum Transport der Reisenden bestimmten Schiffes, wider seinen Willen, „angemutet" werden könne, Reisende mitzunehmen. Hat der Eigentümer durch diese Bezeichnung seines Schiffes öffentlich seine Bereitwilligkeit zu erkennen gegeben, Reisende zu befördern, so hat Jeder einen rechtlich anerkannten Anspruch darauf, dass sein Beförderungsantrag angenommen werde.

Zur Erklärung dieses Rechts bedarf es nicht eines Zurückgreifens auf eine Transportpflicht des Staates und eine wiederum aus dieser entspringende Pflicht, dafür zu sorgen, dass diese Transportpflicht auch in den an Private delegierten Betrieb übernommen werde, auch nicht der von Thöl angedeuteten Konstruktion eines Vorvertrages mit dem Publikum[1]). Sondern der Grund dieses durch das Gesetz ausgesprochenen Kontrahierungszwanges ist in der von dem Unternehmer abgegebenen Erklärung zu finden. Diesem freien Willensakt giebt das Gesetz die Wirkung, dass er die Willensfreiheit des Abgebers hinsichtlich des Abschlusses der ihm auf die Erklärung angetragenen Verträge beschränkt.

Es liegt also ein einseitiges, zum Abschluss von Verträgen verpflichtendes Rechtsgeschäft vor.

So sagt auch die Telegraphen-Ordnung vom 13. August 1880:

„Die Benutzung der für den öffentlichen Verkehr bestimmten Telegraphen steht Jedermann zu"

und Art. 422 H. G. B.:

„Eine Eisenbahn, welche dem Publikum zur Benutzung für

[1]) Thöl: Handelsrecht Bd. III S. 152.

den Güterverkehr eröffnet ist, kann die bei ihr nachgesuchte Eingehung eines Frachtgeschäfts nicht verweigern."

Es fragt sich nun, ob die öffentliche Ankündigung, dass man bereit sei, mit jedem, der sich stellt zu kontrahieren, nur in den Fällen den Abgeber dieser Erklärung bindet, in denen das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt. Oder lässt sich ein allgemeines Princip finden, das die analoge Behandlung noch anderer Fälle, mit den durch das Gesetz qualificierten, rechtfertigen würde? Ich glaube, dass nur die erste Frage bejaht werden darf.

Dass die Eisenbahnen heute Anstalten sind, deren der öffentliche Verkehr nicht mehr entraten kann, und dass sie bestimmt sind „nicht blos dem Interesse des Unternehmers, sondern auch dem des Publikums zu dienen"[1]) ist eine Eigenschaft, die im Grunde jedes Unternehmen mit ihnen teilt, das in den Dienst der Öffentlichkeit gestellt ist. Zwischen den beiden von Ihering angeführten Extremen, den Eisenbahnen und dem Omnibus, welchen der Gastwirt zur Bahn schickt, liegen in mannigfachster Abstufung zahlreiche Zwischenglieder, und es bedarf keines grossen Aufwandes von Scharfsinn, um für jedes den Nachweis zu führen, dass das öffentliche Interesse es gebieterisch erheischt dem Unternehmer aufzuerlegen, Jedem seine Dienste zu gewähren. Die Grenze, die auf Grund solcher Erwägungen zu ziehen wäre, ist überaus flüssig. Die konkreten Umstände können sie jeder Zeit verschieben.

Um aber eine analoge Ausdehnung der durch das Gesetz für einzelne Unternehmen getroffenen Bestimmung auf andere Unternehmen zu rechtfertigen, müsste m. E. die Möglichkeit vorhanden sein, für die analog zu behandelnden Unternehmen gewisse sie vor allen Anderen auszeichnende Eigenschaften nachzuweisen, welche ihnen nur mit den durch das Gesetz qualificierten gemeinsam wären. Und gerade diese Eigenschaften müssten die besondere gesetzliche Normierung veranlasst haben.

Diese Möglichkeit eben ist, wie ich glaube, aus den vorerwähnten Gründen nicht gegeben und somit ist die im Eingang gestellte Frage auch von diesem Gesichtspunkte aus zu verneinen.

Es ist von Ihering's Standpunkt aus ganz konsequent, wenn er dem Eisenbahnunternehmer nicht nur die Pflicht auferlegen will, so lange das Unternehmen im Betriebe erhalten wird, mit Jedem, der sich stellt, zu kontrahieren, sondern auch eine Pflicht zum Betriebe

[1]) Ihering: a. a. O. S. 274.

selbst konstatiert[1]). Man würde sogar mit Recht noch weiter gehen und einen dem Verkehrsbedürfnis entsprechenden Betrieb fordern müssen.

Nach dem heutigen Stand unserer Gesetzgebung ist aber diese Pflicht für die dem Gesetz vom 3. November 1838 unterstehenden Eisenbahnen im vollen Umfange zu verneinen[2]). Dem einzelnen Transportnehmer gegenüber besteht sie nicht[3]). Nur bei den dem öffentlichen Personenverkehr dienenden Kleinbahnen ist der Verkehrseröffnung insoweit rechtlich-verbindliche Wirkung beigelegt, als der Unternehmer verpflichtet ist, jede von ihm verlangte Personenbeförderung zu den bekannt gegebenen Sätzen auszuführen, sofern sie sich mit den regelmässigen Transportmitteln bewerkstelligen lässt.

Mit dieser einzigen Ausnahme steht die Eisenbahnanstalt dem Publikum gegenüber nicht anders da, wie alle übrigen Privatunternehmen, für die unbeschränkte Vertragsfreiheit gilt. Betriebspflicht und Transportpflicht der Staatsgewalt gegenüber sind blosse Interna zwischen Staat und Unternehmer. Mögen Pflichten und Rechte des Staates die denkbar grösste Ausdehnung erreicht haben, der tertius, der einzelne Beförderungsbedürftige, kann aus diesen ein Recht nicht herleiten[4]).

IV.

Wird mit dem Eisenbahnunternehmer ein Personenbeförderungsvertrag abgeschlossen?

Die im vorhergehenden Abschnitt erörterte Frage ist deshalb in die weite Form gefasst worden: „Ist der Unternehmer einer dem öffentlichen Verkehr bestimmten Eisenbahn verpflichtet, jede von ihm verlangte Personenbeförderung auszuführen?“, weil im Falle

---

[1]) a. a. O. S. 274.

[2]) Es braucht nicht nachgewiesen zu werden, dass der Unternehmer, sowie hinsichtlich des Abschlusses des Vertrages, auch hinsichtlich des Fahrpreises privatrechtlich freie Hand hat.

[3]) So auch Endemann: Das Recht der Eisenbahnen. Leipzig 1886, § 132 No. II S. 673. („Auf den Abschluss des Vertrages hat Jeder, der sich in gehöriger Weise dazu meldet, ein Recht. Anm. 7 sagt indes hierzu: Freilich nur ein reglementäres“).

Eger: Das Deutsche Frachtrecht. II. Auflage Berlin 1891 Art. 422 Anm. 196. Band III S. 181, S. 366 und Handbuch Bd. II 3. Lieferung S. 211, S. 278.

[4]) Der Unterschied zwischen publicistischem und privatrechtlichem Betriebs- und Transportzwang ist m. E. ein zum mindesten theoretisch sehr tiefgreifender und dürfte nicht derartig verwischt werden, wie dies von Endemann a. a. O. Abschnitt 5. II. § 91 No. 1 S. 421 geschieht.

der Bejahung dieser Frage immer noch zu untersuchen bleibt, ob ein unmittelbarer Transportzwang oder ein Kontrahierungszwang vorliegt.

Nach der hier vertretenen Ansicht kommt diese Kontroverse nur für die dem Gesetz vom 28. Juli 1892 unterstehenden Kleinbahnen in Betracht. Für die nach dem Gesetz vom 3. November 1838 zu beurteilenden Eisenbahnen müsste jedenfalls ein Vertrag zwischen Passagier und Unternehmer angenommen werden.

Während Meili stets nur von einem Kontrahierungszwang spricht, wendet sich Schott[1]) gegen die Annahme eines den Anspruch auf Beförderung begründenden Vertrages, und tritt für einen unmittelbaren Transportzwang ein. „Von einem Transportvertrag könne bei der fahrplanmässigen Beförderung nicht die Rede sein. Die Elemente eines Transportvertrages, Beförderung und Äquivalent, seien zwar vorhanden, aber nicht zu einem synallagmatischen Vertrage vereinigt. Die Eisenbahn schulde dem einzelnen Passagier die Beförderung nicht, weil sie ihm dieselbe versprochen habe, etwa durch Verkauf des Billets, sondern weil das Recht sie ohne Rücksicht auf ihren Willen zu der Beförderung desjenigen zwinge, der im Besitze eines Fahrbillets sei. Die fahrplanmässige Taxe werde nicht in Verfolg eines Vertrages gezahlt, sondern um sich daraus die Voraussetzung für die Transportpflicht der Eisenbahn zu verschaffen. Der Reisende bekomme die Transportleistung infolge gesetzlicher Verpflichtung der Eisenbahn und die Eisenbahn ihre Vergütung durch Verkauf des Billets."

Es ist also eine obligatio ex lege, welche unmittelbar das Recht jedes Einzelnen auf Beförderung begründen soll. Es bleibt sich gleich, ob man an Stelle der obligatio ex lege, wie Ihering und Meili wollen, eine obligatio ex iure publico setzt. Die Zahlung der fahrplanmässigen Taxe (das Billet kann als nicht notwendiger Bestandteil des Rechtsgeschäftes vorläufig unberücksichtigt bleiben) ist nur die Voraussetzung der Ausübung des Rechtes des Einzelnen, das der obligatio ex lege entspringt.

Schott bleibt vollständig auf dem Boden des Privatrechts. Seine Ansicht trifft gleichmässig zu für den staatlichen und den privaten Betrieb einer Eisenbahn. Mit der von Zorn und von Kirchenheim bezüglich des staatlichen Betriebes der Post und der Telegraphie geäusserten Auffassung, dass es sich bei diesen nicht um privatrechtliche Verträge, sondern um nach öffentlich rechtlichen Grundsätzen sich regelnde obligationes ex lege handle, teilt sie nur den Begriff der obligatio ex lege[2]).

[1]) a. a. O. S. 525.

[2]) Zorn: Das Staatsrecht des Deutschen Reichs. Berlin-Leipzig 1880 Bd. II

Der Transportzwang ist mindestens nicht notwendig ein unmittelbarer. Art. 422. H. G. B. sagt ausdrücklich, dass die Eisenbahn, welche dem Publikum zur Benutzung für den Gütertransport eröffnet sei, die bei ihr nachgesuchte Eingehung eines Frachtgeschäfts nicht verweigern könne. Das Gesetz spricht hier also nur einen Kontrahierungszwang aus. Auch scheint mir der Kontrahierungszwang die einzig mögliche Form des Transportzwanges zu sein.

Eine obligatio ex lege, die schon durch ihre Existenz ohne Hinzutritt anderer rechtserzeugender Momente die Pflicht zu einer Beförderung begründet, ist konstruierbar, aber nicht als Transportzwang. Beispielsweise ist der Inhaber einer Fähre gesetzlich verpflichtet, seine Fähre stündlich von einem Ufer zum andern zu bewegen, gleichgültig, ob sich Fahrgäste finden oder nicht, ferner steht kraft gesetzlicher Vorschrift es Jedem frei, die Fähre während der vorgeschriebenen Bewegungen zu seiner Beförderung zu benutzen. Hier hat Jeder schon heut ein Recht mit dieser Fähre diese bestimmte Beförderungsleistung zu erhalten. Lässt er sich befördern, so ist dies die unmittelbare Ausübung des ihm zustehenden Rechts. Genau dieselbe Rechtslage ist es, wenn ein Beförderungsvertrag geschlossen ist, der es dem Belieben des Beförderungsnehmers überlässt, wann er seinen Anspruch, befördert zu werden, ausüben will. Nur wird im letztern Fall dieser Anspruch durch Vertrag für den einzelnen Kontrahenten, im erstern durch Gesetz für Jeden begründet.

Vollständig verändert wird aber die rechtliche Lage, wenn das Gesetz dem Inhaber der Fähre die Verpflichtung auferlegt, die Fähre nur dann und so zu bewegen, wenn und wie Jemand es zum Zweck seiner Beförderung verlangen wird. Alsdann ist die Entgegennahme der Beförderung nicht die unmittelbare Ausübung eines durch gesetzliche Bestimmung Jedem beigelegten Rechts. Die Pflicht zu einer Beförderung besteht von vornherein überhaupt nicht. Berechtigt befördert zu werden ist durch diese gesetzliche Bestimmung allein noch Niemand. Sondern erst dann, wenn eine bestimmte Beförderung verlangt wird, entsteht die Verpflichtung, diese bestimmte Beförderung auszuführen. Hier ist es also ein bestimmtes, dem Inhaber gegenüber geäussertes Verlangen und nur mittelbar das Gesetz, das Recht und Pflicht begründet. Das Gesetz zwingt den Inhaber nur, das Verlangen nicht zurückzuweisen, d. h. es zwingt ihn, in das Verlangen zu willigen und sich damit zur Ausführung des

---

Bch. VIII § 25 No. Va S. 27. von Kirchenheim in v. Holtzendorff's Rechtslexikon Leipzig 1881, Postverwaltung S. 110. Meili a. a. O. S. 147 polemisiert gegen diese Ansichten nur nach der Richtung, dass der Staatsbetrieb an sich die Geschäfte der Post- und Telegraphie nicht dem Privatrecht entrücken könne.

Verlangten zu verpflichten. Mit den Worten des Handelsgesetzbuchs ausgedrückt: Der Inhaber kann die bei ihm nachgesuchte Eingehung eines Beförderungsgeschäfts nicht verweigern.

Was die obligatio ex lege zu einer Beförderung, wie sie im Falle des zuerst ausgeführten Beispiels vorliegt, erzeugt, ist nicht ein blosser Transportzwang, sondern ein Zwang zu einem bestimmt geregelten öffentlichen Betriebe des Unternehmens.

Wenn der Unternehmer einer Kleinbahn einen Fahrplan veröffentlicht hat, so hat er damit die Erklärung abgegeben, dass er zu bestimmten Zeiten bestimmte Arten von Zügen ablassen wolle. Diese Erklärung begründet für ihn noch nicht die Verpflichtung, diese Züge auf jeden Fall abzulassen.

Ein rechtlicher Zwang zum fahrplanmässigen Betriebe existiert nicht. Vermöge des im § 21 des Gesetzes vom 28. Juli 1892 dem Kleinbahnunternehmer auferlegten Verpflichtung der Gleichstellung Aller hinsichtlich der Beförderung, muss er, wenn eine fahrplanmässige Beförderung von ihm verlangt wird, diese leisten. Aber es ist eine ungenaue Ausdruckweise, wenn Schott sagt: „Die Eisenbahn schuldet dem Passagier die Beförderung nicht, weil sie ihm dieselbe versprochen hat, sondern weil das Recht sie ohne Rücksicht auf ihren Willen dazu zwingt.“ Denn die Beförderung wird dem Passagier geschuldet, weil er sie verlangt hat, und der Unternehmer kraft gesetzlicher Vorschrift dieses Verlangen acceptieren und darum die Beförderung, so wie sie verlangt ist, ausführen muss. Es kann richtig sein, dass die Zahlung der fahrplanmässigen Taxe die Voraussetzung für die Ausführung der Beförderungspflicht des Unternehmers ist, aber nicht für die der gesetzlichen Beförderungspflicht, sondern der Pflicht aus dem durch das Gesetz erzwungenen Vertrage; und nur dann ist dies richtig, wenn die Vorleistung der Vergütung Vertragsbestimmung ist.

Die durch den Kontrahierungszwang geschaffene Rechtslage wird durchaus richtig durch den Gedanken Thöl's wiedergegeben, dass man glauben könne, die Eisenbahn stehe mit dem Publikum in einem Vorvertrage. Nur ist eben ein pactum de contrahendo mit dem Publikum nicht konstruierbar. Ob der im Vorstehenden gemachte Vorschlag, die Verkehrseröffnung als einseitig verpflichtendes, den Kontrahierungszwang erzeugendes Rechtsgeschäft aufzufassen, geringeren Bedenken unterliegt, ist eine Frage, welche nur für die Begründung, nicht aber für die Existenz des Kontrahierungszwanges von Bedeutung ist.

Schott führt für seine Ansicht an, dass die fahrplanmässige Personenbeförderung alles individuelle abgestreift habe, was doch zum

Vertrage notwendig sei. Dies ist aber eine Eigenschaft, die sie mit jeder Leistung teilt, die sich unter gleichen Verhältnissen in Massen wiederholt, und der m. E. keine rechtliche Bedeutung zukommt. Es ist aber nicht richtig, was er weiter sagt, dass der Passagier nur als Inhaber eines Platzes einer bestimmten Wagenklasse in Betracht kommt. In erster Linie kommt er als Inhaber eines ganz bestimmten Beförderunganspruches in Betracht, und nach diesem bestimmt sich das von ihm zu leistende Äquivalent und die ihm speciell zu leistende Beförderung. Schliesslich sollen die, wie auch Schott zugiebt, vorhandenen Elemente eines Beförderungsvertrages — Beförderung und Äquivalent — nicht zu einem synallagmatischen Vertrage vereinigt sein. Denn das Äquivalent werde als Kaufpreis für das Billet und nicht für die Beförderung gezahlt. Sehen wir aber von dem nicht notwendigen Fall der Ausgabe von Fahrkarten ab, so wird das Äquivalent zweifellos für die Beförderung gezahlt, und dann ist die von Schott vermisste Vereinigung der Elemente eines Beförderungsvertrages und damit ein Beförderungsvertrag vorhanden.

Werden aber Fahrkarten ausgegeben, so sind zwei Eventualitäten denkbar: Erwerb der Fahrkarte und des Beförderungsanspruchs erfolgen in zwei getrennten Rechtsgeschäften[1]). Alsdann wird das Rechtsgeschäft, durch das der Beförderungsanspruch erworben wird, immer noch als ein Beförderungsvertrag aufzufassen sein. Oder aber die Fahrkarte wird erworben in Verfolg eines Beförderungsvertrages und kommt nur bei oder für die Ausübung des vertragsmässigen Anspruchs in Betracht. Unger, der die von den Eisenbahnen ausgegebenen Fahrkarten für Inhaberpapiere hält, meint allerdings: „Wenn Jemand auf einer Eisenbahnstation ein Billet löst, um befördert zu werden, so ist dieses Geschäft nicht etwa eine locatio conductio operarum, sondern für das gegebene Geld leistet die Unternehmung das abstrakte Versprechen, den Inhaber des Billets zu befördern[2])." Das gegebene Geld soll also nicht Preis für die versprochene Leistung, sondern für das Versprechen der Leistung sein. Diese Auffassung scheint doch mehr den äusseren, abgeschliffenen Formen des Verkehrs, als dem wahren, rechtlichen Inhalt dieser Formen zu entsprechen. Damit das Versprechen einer Leistung abgegeben werden kann, muss diese Leistung verlangt worden sein. Damit wird an den Unternehmer ein Beförderungsantrag gestellt.

[1]) Wie der Erwerb der Briefmarke und Aufgabe des Briefs zur Beförderung; cfr. Kohler: Die Briefmarke im Recht. Archiv für bürgerliches Recht. Bd. VI No. 12.

[2]) Unger: Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere. Leipzig 1857. S. 95.

Dieser Antrag enthält zu gleicher Zeit das Versprechen eines Äquivalents für die Beförderung. Wenn der Passagier von dem Unternehmer für Entgelt die Abgabe eines abstrakten Beförderungsversprechens verlangt, so heisst dies nicht anderes, als, ich will von Dir gegen Entgelt befördert werden. Damit ich einen glatten Beförderungsanspruch habe, will ich Dir das Äquivalent sofort zahlen, und gieb Du mir dann das Beförderungsversprechen in abstrakter Form. Wird dieser Antrag acceptiert, so erfolgt die Zahlung des Entgelts nicht wie Unger sagt, um als Gegenleistung das abstrakte Forderungsrecht zu erhalten, sondern um die dem Passagier aus dem Beförderungsvertrage obliegende Verpflichtung der Vorleistung zu erfüllen, und so den Unternehmer in die Lage zu versetzen, die Beförderung abstrakt zu versprechen. Der rechtliche Charakter eines Vertrages wird dadurch nicht beeinflusst, dass die vertragsmässige Verpflichtung des einen Kontrahenten in einem Inhaberpapier zum Ausdruck kommt. Dass die Ausgabe des Papiers nur gegen Zahlung des Fahrpreises erfolgt, ist Folge einer Vertragsfestsetzung.

Ein Beförderungsvertrag wird somit jedenfalls zwischen Passagier und Unternehmer geschlossen.

V.

Rechtliche Natur des Personenbeförderungsvertrages.

Endemann[1]) rechnet den Beförderungsvertrag zu den Arbeitsgeschäften. Arbeitsgeschäft nennt er einen solchen Vertrag, welcher auf der einen Seite eine Arbeitsleistung, auf der anderen (sofern nicht ausnahmsweise Unentgeltlichkeit eintritt) die Zahlung eines Preises oder Lohnes zum Gegenstand hat. Unter den Arbeitsgeschäften unterscheidet er verschiedene Arten. Den Beförderungsvertrag insbesondere rechnet er zu denjenigen, durch welche sich der Arbeiter zu einer Arbeitsleistung verpflichtet, ohne in den Dienst des Arbeitgebers zu treten.

Wenn man Verträge, die im bestehenden Recht für sich ihre Regelung finden, unter dieser Kategorie vereinigen will, so kann über Berechtigung und Zweckmässigkeit zu streiten sein, eine Einwirkung auf die rechtliche Gestaltung der Verträge wird aber die Unterordnung unter diese Kategorie nicht haben können. Ob der

[1]) Endemann: Handelsrecht. III. Aufl. Heidelberg 1876. Abschnitt 5 S. 703 ff. Recht der Eisenbahnen. Leipzig 1886 § 112 No. II.

Beförderungsvertrag mit Recht als Arbeitsgeschäft bezeichnet wird, braucht hier nicht untersucht zu werden. Sofern er nach dem geltenden Recht unter eine der bestehenden Vertragsarten zu subsumieren ist, ist er allein nach den für diese geltenden Regeln zu beurteilen. Die ihm zusammen mit anderen Verträgen kraft gemeinschaftlicher Eigenschaften gegebene Benennung spielt für die Beurteilung seiner rechtlichen Natur de lege lata keine Rolle, fördert also diese Untersuchung nicht.

a) Nach gemeinem Recht.

Einen Passagiervertrag als besondere Vertragsart giebt es weder nach gemeinem, noch nach Handelsrecht[1]).

Der Passagiervertrag muss demnach unter eine der Kategorien des römischen Rechts subsumiert werden.

Prinzipiell ist festzuhalten, dass nach den Grundsätzen des römischen Rechts der Beförderungsvertrag seiner rechtlichen Natur nach derselbe bleibt, mag es sich um Beförderung von Sachen oder Personen handeln[2]).

Er ist locatio conductio operarum, operis oder rei, je nachdem die befördernden Dienste, die Beförderung selbst, oder das Beförderungsmittel im Vordergrund stehen. Er ist Innominatvertrag, wenn er die Merkmale eines dieser Verträge nicht scharf hervortreten lässt.

Vermietet der eine Kontrahent dem anderen seine befördernden Dienste für eine bestimmte Zeit zum Gebrauch derselben behufs Bewirkung seiner — des Mieters — Beförderung, so liegt locatio conductio operarum vor. Gegenstand des Vertrages sind die befördernden Dienste[3]).

Ein Beförderungsvertrag im eigentlichen Sinn des Wortes liegt vor, wenn nicht die befördernden Dienste, sondern der durch diese Dienste zu bewirkende Effekt, die Beförderung selbst als Arbeitsresultat, als opus, Gegenstand des Vertrages ist[4]). Die Beförderung

---

[1]) Siehe oben S. 8. f. S. 15.

[2]) Gutachten der Juristen-Fakultät Halle-Wittenberg, mitgeteilt bei W. Koch, Band II Anl.-H. No. XVIIIa S. 181.

[3]) Dankwardt: Der Arbeitervertrag. Jahrb. für Dogmatik Bd. XIV S. 239.

[4]) Fr. 10 pr. de lege Rhodia XIV, 2. Fr. 3 § 1 naut. caup. IV 9.

Fr. 13 § 1 locati conducti XIX, 2. Auf den Personentransport bezieht sich, soweit ich sehen kann, nur Fr. 13 § 2 h. t.: Si magister navis sine gubernatore in flumen navem immiserit et tempestate orta temperare non potuerit et navem perdiderit, vectores habebunt adversus eum ex locato actionem.

Vector heisst wohl hier, wie auch sonst, Passagier und nicht Befrachter. cfr. Fr. 1 § 12 de exercitoria act. XIV, 1. Die actio et locato, welche dem

ist ein immaterielles opus, d. h. sie gelangt niemals zu einer körperlichen Existenz, sondern wird im Entstehen verbraucht. Jeder Entstehungsakt fällt zusammen mit einem Konsumptionsakt[1]).

Dass ein Beförderungsvertrag reine Sachmiete sein kann, ist bestritten.

Die Miete eines Transportmittels, beispielsweise eines Schiffes, kann in der Weise erfolgen, dass der Mieter die Leitung desselben erhält, und so selbst die Beförderung ausführt. Ein Vertrag dieses Inhalts kann beispielsweise in Fr. 10 § 2 de lege Rhodia XIV, 2, Fr. 30 § 2 locati conducti XIX, 2 gefunden werden.

Alsdann liegt aber kein Transportvertrag vor, sondern nur die Miete eines Transportmittels, um mit demselben eine Beförderung auszuführen. Die Frage ist aber, ob die Abmachung, durch welche der gesamte Laderaum eines Schiffes oder eine bestimmte Abteilung desselben vermietet wird, und der Vermieter ausserdem die Verpflichtung zur Beförderung des Schiffes während der Mietszeit von einem Ort zum andern übernimmt, ein einheitlicher Vertrag und zwar locatio conductio rei ist, oder als locatio conductio rei verbunden mit einer locatio conductio operis bezw. operarum aufgefasst werden muss. Ist die Beförderungsabrede selbständiger Vertrag oder Bestandteil des Mietsvertrages?[2]).

Aus den römischen Quellen ergiebt sich, dass die letztere Konstruktion die richtige ist:

Fr. 61 § 1 locati conducti XIX, 2:

Navem conduxit, ut de provincia Cyrenensi Aquileiam navi-

Passagier zustehen soll, beweist, dass der mit dem Unternehmer geschlossene Vertrag locatio conductio operis war.

[1]) Dankwardt: Die locatio conductio operis. Jahrbücher für Dogmatik. Bd. XIII S. 299 ff.

[2]) Ersteres nehmen an: Bluntschli: System des Deutschen Privatrechts. 12. Auflage 1875 § 184 Anm. 2. Ulrich: Über die Frage, ob wegen durch kasuelle Hindernisse herbeigeführter Verzögerung der Belastung oder Löschung eines Schiffes Entschädigung gegeben werden müsse? Neues Archiv für Handelsrecht. Bd. II S. 323: „Dass ein Frachtkontrakt über ein ganzes Schiff, oder den Teil eines Schiffes eine reine Sachmiete sei, wird nicht leicht von Jemand behauptet werden." Heise: Handelsrecht 1858 S. 353. Schneeli: a. a. O. S. 16. Goldschmidt: Das receptum nautarum. Ztschrft. Bd. III S. 353. Anm. 146a zweifelnd. Thöl: Das Handelsrecht Bd. III S. 7.

Der zweiten Ansicht sind: Cuiacius: Observationes et emendationes. Liber II cap. 28. Dernburg: Pr. Privatr. S. 608 Anm. 2. Heise und Cropp: Juristische Abhandlungen Bd. II. Fautfracht und Überliegegelder S. 635 ff. Voigt: Zur Lehre von den Überliegegeldern. Neues Archiv für Handelsrecht. Bd. III S. 525. Die beiden Letztgenannten mit sehr eingehender Begründung. Entsch. des O. A. G. Lübeck: Vom 7. XII. 1857, mitgeteilt bei Voigt a. a. O. vgl.; auch Entsch. des R. O. H. G. Bd. XXII S. 208.

garet olei metretis tribus milibus impositis et frumenti modiis octo milibus certa mercede (Scaevola).

Fr. 2 pr. de lege Rhodia XIV, 2:

At si (Mommsen: quis) non totam navem conduxerit, ex conducto aget, sicut vectores qui loca in navem conduxerunt (Paulus).

Fr. 3 § 1 naut caup. IV, 9:

Sed si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus, quae desunt agere potest: si vero ret perferendas nauta conducit ex locato convenietur (Ulpianus).

Die Annahme Ulrich's, dass der Ausdruck ‚locare navem' in diesen Stellen nicht in der Absicht gebraucht worden sei, den Frachtvertrag selbst als locatio conductio rei zu charakterisieren, sondern nur in Ermangelung eines kurzen Ausdrucks für unser ‚Befrachten-Verfrachten' ‚Chartern-Verchartern' im Sinne von Frachtkontrakte in betreff eines bestimmten Schiffes abschliessen, dass man also stets noch den Abschluss eines besonderen Frachtkontraktes zu subintellegieren habe, sofern nicht bloss eine Inkorrektheit der Ausdrucksweise vorliege[1]), ist aber bei den weiter hier in Betracht kommenden Stellen: Fr. 60 § 8. h. t. und Fr. 10 § 1 de lege Rhodia ausgeschlossen.

Sehr deutlich spricht sich das erstgenannte Fragment aus:

Vehiculum conduxisti, ut onus tuum portaret et tecum[2]) iter faceret: id cum pontem transiret redemptor eius pontis portorium ab eo exigebat. Quaerebatur au etiam pro ipsa sola reda portorium daturus fuerit. Puto si mulio non ignoraverit, ea se transiturum, cum vehiculum locaret, mulionem praestare debere. (Labeo).

Hier wird ausdrücklich die Transportabrede als zum Inhalt der zwischen Passagier und Wageneigentümer geschlossenen locatio conductio rei bezeichnet. So sagt auch das gleichfalls von Labeo herrührende zweite Fragment:

Si ea condicione navem conduxisti, ut ea merces tuae portarentur.

---

[1]) Bezüglich der Möglichkeit dieser letzteren Annahme, vgl. Fr. 19. Fr. 20 de act. empt. vend. XIX, 1. Fr. 5 pr. de exerc. act XIV, 1. Fr. 2 pr. de lege Rhodia XIV, 2. In den beiden letzten Stellen scheinen in der That die Worte: ex locato tamen mecum ages—ultro ex locato habiturus est actionem, ein Versehen in der Bezeichnung des Klagenamens zu enthalten. Richtig wäre ex conducto.

[2]) Die überlieferte Lesart lautet secum; Mommsen schlägt seorsum vor. Einfacher und auch dem Sinne völlig entsprechend scheint mir die im Text wiedergegebene Konjektur zu sein.

Dieser Wortlaut schliesst die Annahme eines neben der Sachmiete geschlossenen Transportvertrages aus. ‚Ea condicione' charakterisiert die Transportabrede als Inhalt der locatio conductio rei. Ein Schiff oder ein Wagen werden gemietet, nicht um mit denselben selbst die Beförderung auszuführen, sondern es ist eine im Mietsvertrage ausbedungene Eigenschaft der gemieteten Sache, dass sie in der Mietszeit einen bestimmten Weg zurücklege. Der Beförderungsgeber übernimmt einmal die Gewährung des Gebrauchs des gemieteten Gegenstandes und weiter auch die Beförderung desselben. Von dem übrigen Inhalt des Vertrages losgelöst, würde die Eingehung dieser letzteren Verpflichtung eine locatio conductio operis sein. Die locatio conductio rei nimmt aber diesen Vertrag in sich auf. Die Beförderungsverpflichtung wird Accessorium des Mietsvertrages.

Der Beförderungsvertrag kann also auch die Gestalt einer reinen Sachmiete annehmen. Wenn dies richtig ist, so fällt jede Berechtigung fort, den drei erstgenannten Fragmenten die von Ulrich vorgeschlagene, dem Wortlaut nicht entsprechende Deutung zu geben.

Der Unterschied zwischen locatio conductio operis und rei, als Beförderungsverträge, liegt also darin, dass bei der letzteren der Beförderungsgeber dem Passagier vertragsmässig ein bestimmtes Beförderungsmittel zur Verfügung zu stellen hat, während bei der ersteren nur die Beförderung versprochen wird[1]). Die locatio conductio operis kann zwar auch Bestimmungen aufnehmen, wie geartet das Transportmittel sein soll. Nur darf das Transportmittel nicht individuell bestimmt und als wesentlicher Gegenstand des Kontrakts behandelt werden[2]).

Es sind aber Beförderungsverträge denkbar, in denen das Transportmittel zwar individuell bestimmt und als wesentlicher Gegenstand des Vertrages behandelt wird, jedoch dem Transportnehmer weder das ganze noch ein bestimmter Raum in ihm vermietet wird. Beispielsweise wird die Abrede dahin getroffen, dass die Beförderung im Zwischendeck eines bestimmten Schiffes erfolgen soll. Auf solche Fälle ist wohl Fr. 1 § 1 de praescriptis verbis XIX, 5 zu beziehen:

Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit, an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit.

---

[1]) Der von Kropp a. a. O. betonte Unterschied, dass bei der l. c. operis die Beförderung bestimmter Güter versprochen wird, während bei der l. c. rei nur ein bestimmter Raum zur Verfügung gestellt wird, fällt bei der Personenbeförderung weg.

[2]) Voigt a. a. O. S. 225.

b) Nach dem Allgemeinen Landrecht.

Vor dem Preussischen Einführungsgesetz zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch vom 24. Juni 1861 enthielt das Allgemeine Landrecht im achten Titel des zweiten Teils §§ 2452 bis 2464 Bestimmungen, welche das Verhältnis zwischen den Inhabern öffentlicher Landkutschen bzw. Privatfuhrleuten und den Transportnehmern regelten. Diese Bestimmungen sind heut nicht mehr in Kraft. Damit enthält das Landrecht keine formell gültige Festsetzung mehr, nach welchen Regeln ein Beförderungsvertrag zu beurteilen ist. Es handelt sich also um die Subsumption des Beförderungsvertrags unter die Vertragsarten des Landrechts.

Durch den Beförderungsvertrag in seiner einfachen Gestalt, d. h. ohne individuelle Bestimmung des Transportmittels wird Geld für eine übernommene Handlung, die Beförderung versprochen. Der Beförderungsvertrag ist also jedenfalls Vertrag über Handlungen. § 869. I 11 A. L. R. Innerhalb dieser Kategorie kommen in Frage Werkverdingungsvertrag, Dienstmietvertrag und unbenannter Vertrag über Handlungen.

Ob ein Beförderungsvertrag Werkverdingungsvertrag sein kann, hängt von der Entscheidung der Frage ab, ob der landrechtliche Begriff des Werkes sich mit dem römischen Begriff des opus = *ἀποτέλεσμα*, Erzielung eines Effekts deckt. Das Preussische Ober-Tribunal hat diese Frage verneint, indem es betonte, dass das Landrecht unter Werk ein neues Produkt, entstanden durch Kombination von Arbeit mit verarbeiteten Materialien versteht[1]). Ihm schliesst sich die herrschende Meinung an[2]). Für uns ist an dieser Ansicht nur wichtig, dass für den Begriff des Werkes jedenfalls Verbindung von Arbeit und Materialien erforderlich sein soll. Ob ausserdem die Neuheit des Produkts zu verlangen ist[3]), kann hier dahingestellt bleiben.

Das Reichs-Ober-Handelgericht trat ursprünglich der Ansicht des Ober-Tribunals bei. Eine Entscheidung des I. Senats vom 28. XI. 1871 hat ausdrücklich erklärt, dass das Preussische Recht einen

[1]) Entsch. d. IV. Sen. d. O. T. vom 4. März 1856. Striethorst Arch. Bd. XX S. 340. — Entsch. d. O. T. Bd. 67. S. 143.

[2]) Dernburg: Pr. Privatr. Förster-Eccius. Bd. II S. 269. Motive zum Entw. eines bürgerlichen Gesetzbuchs. „Für das preussische Recht nimmt die in Theorie und Praxis herrschende Meinung auf Grund des § 925 I 11 in Verbindung mit Einzelbestimmungen der §§ 926 ff. an, dass die Vorschriften über die Werkverdingung sich nur auf materielle Production beziehen.“ C. F. Koch, Allgem. Landrecht Kommentar VIII. Aufl. 1884. Anm. zu § 925 I 11. Lehmann: Körperverletzungen und Tötungen auf deutschen Eisenbahnen S. 17 Anm. 1.

[3]) Entsch. d. R.-G. Bd. X S. 204.

engeren, den Frachtvertrag nicht umfassenden Begriff über ein verdungenes Werk aufstelle[1]).

Zwei jüngere Entscheidungen des Reichs-Ober-Handelsgerichts stehen aber in offenem Widerspruch zu der bis dahin in der oberstrichterlichen Praxis vertretenen Ansicht. In einer Entscheidung des III. Senats vom 15. Juni 1876[2]) heisst es wörtlich:

„Danach bilden den Gegenstand eines Frachtgeschäfts im Sinne des Art. 390 des Handelsgesetzbuchs nicht die Transporthandlungen als solche, sondern der Transport selbst als deren Produkt. Hieraus folgt, dass wenn überhaupt bez. insoweit das Allgemeine Landrecht nach Art. 1 des Handelsgesetzbuchs zur Bestimmung der Rechtsnatur des gewerblichen und resp. kaufmännischen Frachtgeschäfts herangezogen werden kann, nur die §§ 925 ff. I. 11, nämlich diejenigen Vorschriften, welche von Verträgen über verdungene Werke handeln, in Betracht kommen können."

Der II. Senat hat in einer Entscheidung vom 1. Mai 1878[3]) ausgesprochen und zwar in bezug auf einen Schleppvertrag:

„Allein die an der Spitze der Lehre von der Werkverdingung stehende, deren Definition enthaltende Bestimmung hat einen weiteren Inhalt. Der Paragraph stellt die Eigentümlichkeit der Werkverdingung dahin fest, dass der Werkmeister nicht zu einer Arbeit gedungen, sondern dass ihm ein ganzes Werk angedungen wird. Die Werkverdingung umfasst demnach auch die Erreichung eines Erfolges, der nicht in der Herstellung einer Sache besteht."

Dieser Ansicht des Reichs-Ober-Handelsgerichts ist das Reichsgericht allerdings ohne eigene Begründung beigetreten[4]).

Auch Gruchot, der gleichfalls für die weite Ausdehnung der Werkverdingung eintritt, sucht das entscheidende Merkmal allein darin, ob die Leistung als Ganzes angedungen wird[5]). Es soll also die Abgrenzung der Werkverdingung von den übrigen Verträgen über

---

[1]) Entsch. Bd. IV S. 272.

[2]) Entsch. Bd. XX S. 342.

[3]) Entsch. Bd. XXIII S. 320.

[4]) Entsch. d. I. Civil-Senats vom 2. Juli 1884. Entsch. Bd. XIV S. 74. 75: „In konstanter Rechtsprechung ist angenommen worden, und zwar auf Grund der §§ 412 I, 5 und 925 I, 11 A. L. R. bezw. auf Grund der Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs, dass dieses Rücktrittsrecht (des § 408 I, 5) bei Werkverdingungsverträgen und insbesondere bei Frachtverträgen keine Anwendung finde."

[5]) Gruchot in seinen Beiträgen, Bd. XIII S. 24, vgl. auch Rehbein: Entsch. d. Ober-Tribunals. Bd. II S. 371. Auch Endemann: Recht der Eisenbahnen. Leipzig 1886 § 112 No. II Anm. 19 S. 525 hält den Beförderungsvertrag nach Preussischem Recht für Werkverdingung. Ebenso Eger: Frachtrecht. Bd. I S. 13.

Handlungen nach denselben Grundsätzen zu erfolgen haben, die der locatio conductio operis ihr eigentümliches Wesen geben.

Die locatio conductio operis steht im Römischen Recht, neben locatio conductio rei und operarum als selbständiger Vertrag da. Sie ist keine Unterart der locatio conductio operarum. Locatio conductio selbst ist aber nur ein Begriff, der das Gemeinsame der drei vorgenannten Verträge zum Ausdruck bringt, und kein Vertrag. Das Landrecht liess den umfassenden Begriff der locatio conductio fallen. Die Sachmiete nimmt eine gesonderte Stellung ein. Locatio conductio operis und operarum sind den Verträgen über Handlungen zugewiesen. Der Vertrag über Handlungen aber ist kein bloser Begriff, wie die locatio conductio. Das Gesetz qualificiert zwar einige Verträge über Handlungen besonders. Diese erschöpfen aber die Verträge über Handlungen nicht. Es giebt ungezählte unbenannte Abreden, durch welche Gelder oder Sachen für übernommene Handlungen, oder Handlungen und Unterlassungen gegen einander versprochen werden. Diese erhalten ihre vollständige Regelung durch die allgemeinen Bestimmungen, welche das Landrecht über die Verträge über Handlungen enthält.

Der Vertrag über Herstellung einer Sache kann qualificierter Vertrag über Handlungen, d. h. Werkverdingung, er kann aber auch unbenannter Vertrag über Handlungen sein.

Werkverdingung ist er nur dann, wenn bei Abschluss des Vertrages davon ausgegangen wird, dass der Übernehmer ein Werkverständiger ist[1]). Ist dies nicht der Fall, so bleibt der Vertrag unbenannter Vertrag über Handlungen. Damit ist aber nicht gesagt, dass in diesem Falle die Herstellung der Sache nicht mehr als Ganzes Gegenstand des Vertrages wäre. Das Werk wird nicht in einzelne Handlungen aufgelöst. Es liegt kein Grund zu der Annahme vor, dass das Landrecht nur das von einem Werkverständigen anzufertigende Werk eben als Werk aufgefasst hätte.

Die rechtliche Auffassung des Gegenstandes der Vertragsabrede als Ganzes bleibt, nur die in Einzelheiten von den allgemeinen Bestimmungen abweichende Regelung als Werkverdingung tritt nicht ein[2]). Denn Handlung ist ebenso gut eine einzelne Arbeit wie die Herstellung einer Sache oder die Erzielung eines Erfolges als Ganzes aufgefasst.

---

[1]) Praej. d. Pr. O. Tr. No. 35 Sammlung I S. 69. Striethorst Archiv. Bd. 82 S. 428. Dernburg: Pr. Privatr. Bd. II S. 599. Förster-Eccius Bd. II S. 276.

[2]) Förster-Eccius S. 277 Anm. 69a: „So wenig andere Dienstverträge nach den Grundsätzen über Verträge mit Handwerkern und Handarbeitern zu behandeln sind, ebensowenig sind alle römisch-rechtlichen conductiones operis als Werk-

Für die Frage, ob Werkverdingung anzunehmen ist, ist somit zum mindesten nicht allein entscheidend, dass Gegenstand des Vertrages die Erzielung eines Erfolges als Ganzes ist. Denn die Werkverdingung ist weiter nichts als ein vom Recht besonders ausgezeichneter Fall derjenigen Verträge über Handlungen, deren Gegenstand die Erzielung eines Erfolges als Ganzes ist.

Die locatio conductio operis hat im Landrecht die Stellung als besondere Vertragsart aufgegeben und ist auch ihrem Umfang nach bedeutend eingeschränkt, in den unbenannten Verträgen über Handlungen aufgegangen. Nur gewisse Specialfälle hat das Landrecht herausgegriffen, bei denen es in Einzelheiten eine besondere Regelung für nötig hielt.

Die Frage ist also gegen das römische Recht vollständig verschoben. Das Landrecht zieht im § 925, I 11 eine Grenzlinie durch die locatio conductio operis selbst. Diese Grenzlinie ist aber noch nicht damit gefunden, dass der Werkverdingungsvertrag diejenige locatio conductio operis ist, bei der bei Abschluss des Vertrages davon ausgegangen wird, dass der Unternehmer ein Werkverständiger ist. Dies ist nur der eine Punkt, durch den die Linie geht.

§ 925 I 11 A. L. R. sagt:

> „Ist ein Werkmeister nicht bloss zu einer Arbeit gedungen, sondern ist ihm ein ganzes Werk in Pausch und Bogen angedungen —".

Mit diesen Worten wird der einzelnen Arbeit das Werk als Ganzes gegenübergestellt. Die Eigenschaft als Ganzes ist aber auch das Einzige, was aus dieser Gegenüberstellung für den Begriff des Werkes entnommen werden kann. Der Satz des Reichs-Ober-Handelsgerichts, der allein aus dem Wortlaut des § 925 I 11 folgert, dass die Werkverdingung auch die Erreichung eines Erfolges umfasse, der nicht in der Herstellung einer Sache besteht, ist m. E. ohne Anhalt. Es ist höchstens zuzugeben, dass das Wort „Werk" für sich genommen in dem weiten Sinn von *ἀποτέλεσμα* verstanden werden kann, wenngleich dies in der Zusammenstellung mit Werkmeister schon bedenklicher wäre. Das Landrecht will durch die Bestimmungen über die Werkverdingung gewisse Fälle der locatio conductio operis besonders qualificieren. Welches diese Specialfälle sind, dafür ist die einzige Quelle das Landrecht selbst. Unter die Ausnahme, welche die Bestimmungen über die Werkverdingung im Grunde sind, dürfen nur die gekennzeichneten Specialfälle subsumiert wer-

verdingungen bei Werkverständigen anzusehen: hier wie da bleiben die allgemeinen Grundsätze von Verträgen über Handlungen das allein Massgebende, sobald der engere Begriff derjenigen Geschäfte, welche besonders geregelt sind, nicht zutrifft."

den. Nun wird aber, wie der II. Senat des Reichs-Ober-Handelsgerichts in der citierten Entscheidung selbst zugiebt, in den folgenden Paragraphen nur auf die Herstellung von Sachen Bezug genommen.

Wenn § 925 nicht mit absoluter Gewissheit erkennen lässt, dass unter Werk nicht die Erzielung eines Erfolges schlechthin verstanden wird, so ist die Gewissheit in dem Moment gegeben, wo es feststeht, dass im Übrigen die Erzielung eines Erfolges, der nicht in der Herstellung einer Sache besteht, auch nicht entfernt berücksichtigt ist. Dann hat eben das Landrecht diejenigen conductiones operis, deren Gegenstand nicht materielle Produktion ist, nicht besonders regeln wollen. Es fehlt also jede Berechtigung das nicht als zur Ausnahme gehörig bezeichnete unter die Ausnahmen zu stellen.

Das Wort Werk bezeichnet also die Kombination von Arbeit und Materialien.

Das immaterielle opus ist nicht darunter zu begreifen.

Dieser Begriff des Wortes Werk ist also der zweite Punkt, durch den die Grenzlinie zwischen Werkverdingung und unbenanntem Vertrag über Handlungen, soweit er locatio conductio operis ist, geht. Der Beförderungsvertrag kann somit jedenfalls nie Werkverdingung sein.

Vor dem Preussischen Einführungsgesetz zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch kannte das Landrecht zwei verschiedene Arten des Beförderungsvertrages: Den Vertrag über eine Beförderung zu Wasser, dem durch § 2452 II 8 A. L. R. der Beförderungsvertrag mit dem Inhaber einer öffentlichen Landkutsche rechtlich gleichgestellt wurde, und den Beförderungsvertrag mit Privatfuhrleuten. Der Vertrag über eine Beförderung zu Wasser fand seine Regelung im elften Abschnitt des ersten Teils des zweiten Titels.

Er bildete eine besondere Vertragsart für sich und ist durch das citierte Gesetz vollständig beseitigt, interessiert also hier nicht weiter.

Wichtig ist dagegen § 2458 II 8:

> „Das Verhältnis zwischen Privatfuhrleuten und denen, welche sie gedungen haben, ist nach den Vorschriften des Ersten Teils Titel 11 Abschnitt 8 § 869 bis 920 zu beurteilen."

Privatfuhrmann ist nach einem Präjudikat des Ober-Tribunals[1]) Jeder, der den Transport von Sachen gegen Lohn übernimmt. Als selbstverständlich ist hinzuzusetzen, dass die Beförderung zu Lande und durch ein Transportmittel erfolgen muss. Mit Recht bemerkt

[1]) Praej. vom 14. November 1845 No. 1648.

wohl C. F. Koch, dass dieser Satz auch auf den Transport von Personen ausgedehnt werden müsse[1]). Der Paragraph 2458 II 8 war also seiner Zeit massgebend für die rechtliche Beurteilung der ganzen Fülle der Landbeförderungsverträge. Da die § 869 I 11 ff. nicht mit aufgehoben sind, so ist er auch heute noch als Ausdruck der Auffassung des Landrechts von Wichtigkeit.

Nun ergiebt sich aus dem Wortlaut des Paragraphen soviel mit Sicherheit, dass der Beförderungsvertrag Dienstmiete sein kann. Für nicht zutreffend halte ich aber die Auffassung, dass der Transportvertrag Dienstmiete sein müsse[2]), d. h., dass das Landrecht den Transportvertrag auch aus der locatio conductio operis ausgeschieden und ihn der locatio conductio operarum zugewiesen hat, die Auffassung einer Beförderung als opus also nicht zulasse.

Der § 2458 II 8 A. L. R. umfasst die verschiedensten Rechtsverhältnisse, von solchen, die zweifellos Dienstmiete sind, bis zu solchen, bei denen die Auffassung als Dienstmiete dem Inhalt des Vertrages widerspricht. Auch §§ 869—920 I 11 A. L. R. umfassen diese Verträge sämtlich. Diese Paragraphen handeln nur zur Hälfte ausschliesslich von der Dienstmiete. Die andere Hälfte handelt von den unbenannten Verträgen über Handlungen und nur in gewissen allgemeinen Bestimmungen trägt diese erste Hälfte auch zur Regelung der Dienstmiete bei. Nichts deutet aber darauf hin, dass das Landrecht für die Beurteilung des Transportvertrages nur die Bestimmungen aus den angezogenen Paragraphen verwendet wissen wollte, die die Dienstmiete regeln. § 2458 sagt so allgemein wie möglich: „sind nach den §§ 869—920 zu beurteilen". Dies heisst doch nur, dass jeder dieser Paragraphen in Anwendung kommen kann. Der Transportvertrag soll also unbenannter Vertrag über Handlungen und er soll Dienstmietvertrag sein können. Wenn somit der zweite Senat des Reichs-Ober-Handelsgerichts in der citierten Entscheidung ausführt, dass der Schlepper die Ausführung des Schleppens als ein einheitliches Ganzes übernehme und die einzelnen zur Erreichung dieses Erfolges erforderlichen Handlungen nach eigenem Ermessen vorzunehmen habe, so liegt im römischen Recht locatio conductio operis, im Landrecht unbenannter Vertrag über Handlungen vor. Denn das immaterielle opus der Beförderung ist ebensogut eine Handlung, wie eine einzelne Arbeit. Immer da, wo die Beförderung als zu erzielender Effekt, als Ganzes Gegenstand des Vertrages ist, immer da, wo nach römischem Recht locatio conductio operis anzu-

[1]) C. F. Koch: Kommentar. III. Aufl. Anm. 39 zu § 2458 II 8.

[2]) W. Koch: Deutschlands Eisenbahnen. Band II S. 46 und Entsch. R. O. H. G. Bd. XXIII S. 23 ff.

nehmen wäre, liegt im Landrecht unbenannter Vertrag über Handlungen vor. Wird dagegen der Fuhrmann zur Verrichtung von Beförderungsdiensten gedungen, so liegt Dienstmiete vor. § 920 I 11 A. L. R.

An diesem Ergebnis kann die Aufhebung des § 2458 nichts ändern. Denn er sagt im Grunde nichts, was nicht auch ohne ihn aus den §§ 869—920 A. L. R. folgen würde[1]).

Von dem so gewonnenen Standpunkt aus ist der Ansicht Dernburg's insoweit beizutreten, als er bezüglich des Fracht-, sowie des Passagiervertrages sagt, dass dies Unternehmen seien, welche im römischen Recht eine Unterart der locatio conductio operis bildeten, nach preussischem Recht aber der Werkverdingung parallel liefen.

Dagegen glaube ich Dernburg dann nicht folgen zu sollen, wenn er weiter sagt, dass beide Verträge nach Analogie der Werkverdingung zu beurteilen seien. Wenn die vorstehenden Ausführungen richtig sind, so ist die Werkverdingung nur ein Specialfall der Verträge, deren Gegenstand ein ἀποτέλεσμα ist, und zwar der Specialfall des ἔργον. Die anderen Fälle hat aber das Landrecht bei der Regel belassen. Die analoge Ausdehnung der Ausnahme auf das unter der Regel stehende erscheint ausgeschlossen.

Ob aber das Landrecht besonders nach Aufhebung der §§ 2458 ff. II 8 in der rechtlichen Ausgestaltung der unbenannten Verträge über Handlungen als loc. conductiones operis den zu stellenden Anforderungen genügt[2]), kann für das Ergebnis der vorstehenden Ausführungen nicht in betracht kommen.

Noch sind die Fälle zu erörtern, die im römischen Recht als locatio conductio rei anzusehen sind. M. E. wäre man aber zu einer Übertragung der kühnen Konstruktion des römischen Rechts in das preussische Recht nur dann berechtigt, wenn man im Landrecht

[1]) So sagt das Geh. O. Tribunal in einer Entscheidung vom 14. Dezember 1857: Unbedenklich tritt der Reisende durch Lösung des Fahrbillets mit der Eisenbahngesellschaft in ein kontraktliches Verhältnis. Es ist dies offenbar eine Verabredung, nach welcher Gelder für übernommene Handlungen versprochen werden. Mitgeteilt bei W. Koch, II. Anl.-Heft S. 370 auch Striethorst, Archiv. Bd. XXVI S. 359—372.

[2]) § 2459 II 8 A. L. R. bestimmte: Dergleichen Fuhrleute müssen jedoch allen Verlust oder Schaden vertreten, welchen sie, oder die von ihnen bestellten Leute, auch nur durch ein geringes Versehen verursacht haben. Nach Wegfall dieser Bestimmung haftet der Beförderungsgeber bezüglich seiner Leute nur für culpa in eligendo. Indessen ist auch nach r. R. die Frage der Haftung des Beförderungsgebers für ein Verschulden seiner Leute bestritten. § 9 der Verkehrsordnung bestimmt indes: Die Eisenbahn haftet für ihre Leute und für andere Personen, deren sie sich bei Ausführung des von ihr übernommenen Transports bedient. Im Betriebs-Reglement fehlte eine solche Bestimmung.

irgend welchen Anhalt dafür fände. Doch ist dies, soweit ich sehen kann, nicht der Fall.

§ 1620 II 8 sagt zwar:

„Wer ein ganzes Schiff befrachtet, muss mit dem Schiffer eine Charte-Partie oder schriftlichen Kontrakt errichten."

Über die rechtliche Natur des Chartevertrages erfolgt aber im weiteren keine Andeutung. Auch § 1404 eod.

„Bei Vermietung eines ganzen Schiffes gelten die Grundsätze des ersten Teils Tit. 21 § 234 sqq. (234 versehentlich statt 258)"

kann keinen Aufschluss geben, da dieser nur die Mietung des Schiffes allein, ohne Bemannung, voraussetzt[1]).

Man wird daher da, wo dem Transportnehmer durch den Beförderungsvertrag ausdrücklich der Gebrauch eines bestimmten Beförderungsmittels während seiner Beförderung zugesagt wird, eine Kombination von Sachmiete und Vertrag über Handlungen annehmen müssen[2]).

VI.

Rechtliche Natur des Personenbeförderungsvertrages mit dem Eisenbahnunternehmer.

Für die Frage, als welche Vertragsart, wie und mit welchem Inhalt der Passagiervertrag mit dem Eisenbahnunternehmer abgeschlossen wird, ist in erster Linie massgebend die jeweilige Vereinbarung. Der Inhalt dieser Vereinbarung ist aber thatsächlich für alle Verträge der gleiche. Er ist in der Verkehrsordnung fixiert. Jeder Eisenbahnunternehmer ist verpflichtet, die Bestimmungen der Verkehrsordnung in sein Reglement aufzunehmen. Abweichungen sind nur ausnahmsweise gestattet und werden zu den Seltenheiten gehören. Die folgenden Erörterungen gehen daher von den Bestimmungen der Verkehrsordnung aus, indem der normale Fall allein berücksichtigt wird, dass der Eisenbahnunternehmer ein mit der Verkehrsordnung übereinstimmendes Reglement gehörig zur Kenntnis des reisenden Publikums gebracht hat.

Der Passagiervertrag, wie er mit dem Eisenbahnunternehmer abgeschlossen wird, kann an sich unter jede der vorerwähnten ge-

---

[1]) C. F. Koch: Kommentar. III. Aufl. Bd. III S. 1075 Anm. 77.

[2]) C. F. Koch: Kommentar. III. Aufl. Bd. III S. 1075 Anm. 77 zu § 1620 II 8. „Das Rechtsverhältniss ist in diesem Fall ein locatis conductio rerum et operarum."

meinrechtlichen bzw. preussischrechtlichen Kategorien fallen. Es giebt keine gesetzliche Bestimmung, die dem entgegenstände. Sämtliche möglichen Ansichten sind auch in der Theorie vertreten. Es ist bereits oben gezeigt, dass von preussischen Juristen der Passagiervertrag für Dienstmiete, unbenannten Vertrag über Handlungen und schliesslich auch für einen Vertrag sui generis, der nach Analogie der Werkverdingung zu beurteilen sei, gehalten wird. Falls Unger[1]) überhaupt einen Beförderungsvertrag annähme, so würde er ihn nach gemeinem Recht für locatio conductio operarum halten. v. Hahn nimmt locatio conductio rei an[2]); die herrschende Meinung hält den Passagiervertrag für locatio conductio operis[3]).

Wäre die englische Idee von der Eigenschaft des Schienenwegs als öffentliche Strasse zur Verwirklichung gelangt, so wären Beförderungsverträge mit einem Eisenbahnunternehmer in Gestalt von Dienstmietverträgen denkbar. Die eigenthümliche Natur des Eisenbahnbetriebes verlangt aber, dass der Eisenbahnunternehmer Herr jeder Beförderungshandlung bleibt. Er kann nicht seine befördernden Dienste dem Willen eines Einzelnen unterwerfen. Er muss die Transportausführung selbst übernehmen.

Es sind also thatsächliche Gründe, welche verhindern, dass der Passagiervertrag als Dienstmiete bzw. locatio conductio operarum abgeschlossen werden kann.

Dem Abschluss des Passagiervertrages als locatio conductio rei bzw. als Vertrag über Handlungen in Verbindung mit Sachmiete stehen Gründe aus der thatsächlichen Natur des Eisenbahnbetriebes nicht entgegen. Er wird in dieser Gestalt indes nur ausnahmsweise vorkommen, denn § 17 der Verkehrsordnung bestimmt als Regel in Übereinstimmung mit § 12 des Betriebsreglements: „Einzelne bestimmte Plätze werden nicht verkauft".

Daraus folgt, dass der Eisenbahnpassagiervertrag somit auch in der Regel locatio conductio operis bzw. unbenannter Vertrag über Handlungen sein wird. Dass in dem Vertrage stets Bestimmungen über die Beschaffenheit des zur Beförderung zu benutzenden Transportmittels (Wagen I., II., III., IV. Klasse § 14 V.-O.) enthalten sein werden, kann, wie bereits oben bemerkt[4]), hieran nichts ändern.

Solange das Betriebsreglement als lex contractus den Passagierverträgen den Inhalt diktierte, waren Abweichungen von der Be-

[1]) Unger: Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere, Leipzig 1857 S. 95.

[2]) v. Hahn: Kommentar ad Art. 425 H. G. B.

[3]) So unter Anderen Goldschmidt: System des Handelsrechts. II. Aufl. 1889 § 127 S. 188 (locatis conductio operis nicht rei).

[4]) cfr. Seite 52.

stimmung des § 12 dem Eisenbahnunternehmer, sofern sie dem Publikum günstiger waren, gestattet[1]). Als dem Publikum günstigere Bedingung wäre aber der „Verkauf“ eines bestimmten Platzes anzusehen gewesen.

Die Verkehrsordnung dagegen gestattet Abweichungen von ihren Normen, gleichgültig, ob zu Gunsten oder Ungunsten des Passagiers nur in seltenen Fällen und unter bestimmten Kautelen[2]). Daher werden auch Beförderungsverträge, welche das Beförderungsmittel individuell bestimmen, nur in soweit vorkommen, als sie von der Verkehrsordnung selbst ausdrücklich vorgesehen sind.

Einmal lässt die Verkehrsordnung die Bestellung ganzer Wagenabteilungen zu (§ 13 Abs. 5), sodann kann für bestimmte Züge mit besonderen Einrichtungen und für besonders ausgestattete Wagen (z. B. Schlafwagen) der Verkauf bestimmter Plätze stattfinden (§ 17 V. O.). In letzterem Fall ist aber zu unterscheiden, ob der „Verkauf“ des bestimmten Platzes Bestandteil des Transportvertrages selbst, oder ein besonderer Vertrag für sich ist. Wenn z. B. dem Reisenden gegen besondere Bezahlung ausser dem Billet eine Karte verabfolgt wird, welche auf einen bestimmten Platz in dem Zuge lautet, so liegen zwei gesonderte Verträge: Beförderungsvertrag und Sachmiete vor. Enthält aber das Beförderungsversprechen selbst die Bestimmung, dass die Beförderung mittels des bestimmten Platzes in dem Zuge erfolgen soll, derart, dass der Unternehmer die Beförderung nur mittels dieses Platzes vertragsmässig leisten kann, so liegt ein einheitlicher Vertrag vor, der nach gemeinem Recht locatio conductio rei, nach preussischem Recht Vereinigung von Sachmiete und Vertrag über Handlungen ist. Und zwar wird dies immer der Fall sein, wenn der Beförderungsnehmer eine ganze Wagenabteilung mietet oder wie die Verkehrsordnung sagt „bestellt“. Durch diese Bestellung erwirbt der Beförderungsnehmer das Recht, diejenige Wagenabteilung, welche ihm der Unternehmer anweisen wird, zu seiner bzw. so vieler Personen, wie die Abteilung Plätze hält, Beförderung zu benutzen.

v. Hahn's Ansicht ist also nur in diesen Ausnahmefällen zutreffend.

Nach weitverbreiteter Ansicht ist aber der Passagiervertrag, der nach den Bestimmungen der Verkehrsordnung mit dem Eisenbahnunternehmer abgeschlossen wird, kein blosser Personenbeförderungsvertrag, sondern enthält ausserdem einen Frachtvertrag[3]).

[1]) Bekanntmachung betreffend das Betriebs-Reglement für die Eisenbahnen Deutschlands vom 11. Mai 1874.

[2]) V. O. I. Eingangsbestimmungen.

[3]) Die Litteratur findet sich zusammengestellt bei Eger: Das Deutsche

§ 28 der Verkehrsordnung bestimmt nämlich: „Kleine leicht tragbare Gegenstände können in den Personenwagen mitgeführt werden. Für solche in den Wagen mitgenommene Gegenstände werden Gepäckscheine nicht ausgegeben; sie sind von den Reisenden selbst zu beaufsichtigen."

Wenn der Reisende sein Handgepäck in dem Wagen mit sich führt, so wird bezüglich dieses Handgepäcks thatsächlich der Effekt einer Sachbeförderung erreicht. Es fragt sich aber, ob dadurch die Annahme begründet ist, dass in dem Passagiervertrage neben dem Vertrage über Beförderung der Person des Reisenden noch ein besonderer Vertrag über Beförderung des zulässigen Handgepäcks enthalten sei.

v. Hahn ist anderer Meinung: der Eisenbahnpassagiervertrag sei nur Personenbeförderungsvertrag; doch erhalte das Recht des Passagiers insofern eine Erweiterung, als es ihm gestattet sei, den ihm vertragsmässig zukommenden Raum des Transportmittels zur Unterbringung von Sachen zu benutzen[1]).

Die Richtigkeit dieser Ansicht wird dadurch nicht in Frage gestellt, dass man abweichend von Hahn den Eisenbahnpassagiervertrag regelmässig nicht für locatio conductio rei zu halten hat. Denn auch wenn nur locatio conductio operis vorliegt, kommt dem Reisenden ein gewisser, wenn auch nicht ein individuell bestimmter Raumteil in dem Transportmittel zu.

Eger bezeichnet die Konstruktion v. Hahn's als „in jeder Hinsicht gewunden", denn es könne sich die Erweiterung immer nur als ein zweiter Vertrag über den Transport von Sachen darstellen. Eger's Ansicht wäre dann richtig, wenn das Handgepäck dem Eisenbahnunternehmer gegenüber als selbständiger Gegenstand der Beförderung in betracht käme, so dass er dessen Beförderung neben der Beförderung der Person des Reisenden übernähme.

Doch ist dies bei dem Passagiervertrage, wie er auf Grund der Verkehrsordnung mit dem Eisenbahnunternehmer geschlossen wird, nicht der Fall. § 28 der Verkehrsordnung sagt, dass die als Handgepäck zugelassenen Gegenstände in den Personenwagen „mitgeführt" werden können. Damit ist der rechtliche Charakter des Handgepäcks gegeben. Der Reisende führt dasselbe mit sich, d. h. es sind keine neben dem Reisenden selbständig in betracht kommenden Sachen, sondern sie

Frachtrecht. Bd. III Anm. 237 S. 349—351, siehe auch Förster: Betriebs-Reglement für die Eisenbahnen Deutschlands, Berlin 1886. Bd. 1 S. 35, der diese Ansicht teilt.

[1]) v. Hahn: Kommentar ad Art. 425 No. 1 H. G. B.; ebenso Puchelt: Kommentar. Bd. II S. 572 ad Art. 425 No. 1; siehe auch Schott a. a. O. S. 496. Staub: Kommentar zum H. G. B. 1893. Anm. zu Art. 425 No. 1 H. G. B.

gehören zum Reisenden ebenso wie seine Kleidungsstücke und werden wie diese, als Zubehör des Reisenden, mit ihm auf Grund des Personenbeförderungsvertrages befördert. Der Reisende giebt dem Eisenbahnunternehmer das Handgepäck durch Unterbringung in dem Wagen nicht zum Transport auf, als selbständigen Gegenstand der Beförderung. Sondern weil das Handgepäck vertragsmässig als zu der Person des Reisenden gehörig betrachtet wird, kann es der Reisende während seiner Beförderung mit sich führen. Gewiss besteht eine vertragsmässige Beförderungspflicht bezüglich des Handgepäcks. Es ist aber nicht abzusehen, warum diese folgerichtig auf einem Sachbeförderungsvertrage beruhen muss[1]). Was als zu der Person des Reisenden gehörig kraft vertragsmässiger Abrede betrachtet wird, ist auf Grund des Personenbeförderungsvertrages zu befördern.

Ich sehe keine Veranlassung das so Zusammengehörige zu trennen.

Die gegnerische Ansicht führt dahin, den Reisenden nur einen Anspruch auf Beförderung seines nackten Körpers aus dem Personenbeförderungsvertrage erwerben zu lassen.

Wenn sich Eger darauf beruft, dass auch der bei begleiteten Gütern hinzutretende Passagiervertrag mit dem Begleiter ein zweiter Vertrag und nicht bloss eine Erweiterung des Gütertransports sei, so trifft die Analogie nicht zu. Der Begleiter kann nicht Zubehör der Güter sein. Andererseits ist es aber auch nicht richtig, wenn Endemann[2]) sagt: Über die Beförderung des Handgepäcks werde mit der Eisenbahn ein Vertrag gar nicht geschlossen, es frage sich nur, ob das Mitnehmen desselben in den Wagen geduldet werde. Von einem blossen thatsächlichen Dulden kann nicht die Rede sein. Vielmehr steht dem Reisenden aus dem Vertrage der Anspruch zu, dass er mit seinem Zubehör befördert werde.

Darum haftet der Unternehmer auch für Verlust und Beschädigung des als Zubehör des Reisenden zugelassenen Handgepäcks ex contractu, ausserdem aber nach den strengen Grundsätzen des § 25 des Gesetzes vom 3. November 1838.

Beide, die Haftung ex contractu sowohl wie aus § 25 konnte er vor der Emanation des Handelsgesetzbuchs durch Vertragsfestsetzung ausschliessen. Dementsprechend bestimmte das Vereins-Reglement von 1859, dass für Handgepäck keine Gewähr geleistet werde.

[1]) Eger: a. a. O.

[2]) Recht der Eisenbahnen § 133 II S. 680; vgl. auch Endemann: Rechtsgrundlagen des Eisenbahntransportgeschäfts. Archiv für Handelsrecht Bd. 42 S. 217.

Art. 425, No. 1 H.G.B. hat dann aber ausgesprochen, dass in Ansehung des Handgepäcks bedungen werden könne, dass für Verlust und Beschädigung nur gehaftet werde, wenn ein Verschulden der Bahnverwaltung oder ihrer Leute nachgewiesen werde. Er enthält also das Minimum der Haftung, das sich der Unternehmer ausbedingen darf. Als Dispens von der strengen Haftung des Frachtführers ex recepto ist er aber nicht anzusehen, wie dies Eger im Widerspruch mit den Nürnberger Protokollen[1]) will.

Von dem Handgepäck zu unterscheiden ist aber das Reisegepäck, welches gemäss § 30, V. O. zur Beförderung aufgegeben wird. Bezüglich dieses erfolgt ein von dem Abschluss des Passagiervertrages auch äusserlich getrennter Abschluss eines Frachtvertrages. Dieser Frachtvertrag hängt mit dem Passagiervertrag nur insofern zusammen, als der Reisende durch den Passagiervertrag einen Anspruch auf Abschluss des Frachtvertrages erlangt[2]) und ferner die Fracht für ein gewisses Gewicht des Reisegepäcks, für gewöhnlich wenigstens, bereits in dem für die Personenbeförderung gezahlten Betrage enthalten ist.

Neben das Versprechen des Eisenbahnunternehmers, den Reisenden befördern zu wollen, tritt also die Erklärung der Bereitwilligkeit, etwa zum Transport aufzugebendes Reisegepäck zur gleichzeitigen Beförderung anzunehmen. Der Passagiervertrag ist also da, wo Reisegepäck zugelassen ist, verbunden mit einem pactum de contrahendo bezüglich des über das Reisegepäck abzuschliessenden Frachtvertrages.

Durch diejenigen Passagierverträge für welche die Bestimmungen der Verkehrsordnung lex contractus werden, erwirbt aber ferner der Reisende das Recht, den Abgang des Zuges, mit dem die Beförderung geschehen soll, in den etwa vorhandenen Warteräumen zu erwarten[3]). Es ist dies aber kein Recht, das durch eine besondere in dem Passagiervertrag enthaltene Abrede erzeugt wird. Der Aufenthalt in den Warteräumen geschieht zum Zweck der Entgegennahme der Beförderungsleistung. Das Recht zu diesem Aufenthalt ist in dem Beförderungsanspruch selbst enthalten und wird durch den Beförderungsvertrag begründet.

Der Passagiervertrag, der nach den Bestimmungen der Verkehrsordnung abgeschlossen wird, ist somit ein blosser Personenbeförde-

[1]) cfr. Protokolle S. 5010. Dagegen Thöl: Handelsrecht. Bd. III § 97.

[2]) § 31 V. O. Das sicher und dauerhaft verpackte Reisegepäck kann nicht zurückgewiesen werden.

[3]) Entsch. d. R. G. Bd. IV. S. 192. Entsch. d. O. L. G. Dresden bei Eger: Eisenbahnrechtliche Entscheidungen. Bd. III S. 12—15.

rungsvertrag, d. h. er ist nicht verbunden mit einem Sachbeförderungsvertrage betreffend das Handgepäck. Für gewöhnlich[1]) ist aber in dem Passagiervertrage noch ein pactum de contrahendo betreffend den Frachtvertrag über das Reisegepäck enthalten.

VII.

Der Abschluss des Passagiervertrages mit dem Eisenbahnunternehmer.

Locatio conductio sowohl wie Vertrag über Handlungen sind Konsensualverträge. Als Handelsgeschäfte unterliegen sie keinerlei gesetzlichen Formvorschriften. Der Passagiervertrag verlangt an und für sich zu seiner Perfektion nur Konsens über die zu leistende Beförderung bzw. auch über das Beförderungsmittel und den seitens des Reisenden zu gewährenden Entgelt.

Jedoch tritt der Abschluss des Passagiervertrages mit dem Eisenbahnunternehmer in einer Weise in Erscheinung, die den Moment und die Form der Perfektion in Frage stellt. Die Berechtigung, besondere Formen, in denen sich die Perfektion des Vertrages vollziehen soll, aufzustellen, kann dem Eisenbahnunternehmer keinesfalls bestritten werden. Die Verkehrsordnung spricht von dem Abschluss eines Passagiervertrages überhaupt nicht, sondern nur von dem Verkaufe von Fahrkarten (§ 13) bzw. dem Verkauf einzelner Plätze (§ 17). Nur soviel ist zweifellos, dass dieser „Verkauf" der Fahrkarte und der Abschluss des Passagiervertrages nicht zwei selbstständige Rechtsgeschäfte sind, wie dies beispielsweise der Fall ist bei Abschluss des Briefbeförderungsvertrages mit einer Privatpostanstalt und dem Kauf der Briefmarke[2])

Aus den Bestimmungen der §§ 12. 13. 14. 19. V. O. erhellt, dass wer die Fahrkarte erworben, auch den bestimmten von ihm gewollten Beförderungsanspruch hat. Der Abschluss des Passagiervertrages kann also spätestens durch das Rechtsgeschäft erfolgen, in welchem die Fahrkarte erworben wird, und auch nicht früher, da der Beförderungsbedürftige mit dem Unternehmer vorher nicht in Verbindung tritt.

---

[1]) d. h. sofern nicht der ungewöhnliche Fall eintritt, dass Reisegepäck zur Beförderung nicht angenommen wird.

[2]) Auf die Reichspost wird nicht exemplificiert, weil es für diese streitig ist, ob überhaupt ein Briefbeförderungsvertrag mit ihr geschlossen wird; cfr. oben S. 44. i. f.

Es liegt aber nahe, die Perfektion des Passagiervertrages in der Aushändigung der Fahrkarte selbst zu sehen. Darnach würde also der Abschluss des Vertrages erst in diesem Moment erfolgen, und wäre an diese Form gebunden[1]).

Doch sind die Gründe, welche für diese Ansicht vorgebracht werden, nicht ausschlaggebend. Richtig ist allerdings, dass der Eisenbahnunternehmer, welcher ein mit der Verkehrsordnung übereinstimmendes Reglement veröffentlicht hat, den stillschweigenden Abschluss eines Passagiervertrages ablehnt, der beispielsweise durch Einsteigen in die Wagen des Zuges erfolgen könnte (§ 21 V. O). Er verlangt die Stellung eines Beförderungsantrages gegenüber seinem Stellvertreter, dem Fahrkartenverkäufer, und Annahme des Antrages durch diesen.

Auf Grund der von dem Eisenbahnunternehmer ordnungsmässig zur Kenntnis gebrachten Vertragsbestimmungen stellt der Reisende einen Beförderungsantrag. Der Unternehmer hat sich erboten mit Jedem zu kontrahieren. Daher bedarf es einer ausdrücklichen Annahmeerklärung nicht. Vielmehr muss bei blossem Nichtwidersprechen der Konsens als erreicht angesehen werden. Damit ist der Vertrag geschlossen. Die Bestimmungen des Reglements, nach denen der Vertrag geschlossen ist, legen dem Reisenden die Verpflichtung auf, das Fahrgeld sofort zu entrichten. Nur wenn dieses geleistet ist, genügt die Eisenbahn ihrerseits ihrer kontraktlichen Pflicht, dem Reisenden das Mittel an die Hand zu geben, durch welches allein die Leistung von ihr zu erlangen ist, nämlich den Fahrschein. Die Verpflichtung des Eisenbahnunternehmers nur gegen Vorzeigung des Fahrscheins zu transportieren bedeutet also in dieser Hinsicht nichts anderes, als die Eisenbahn genügt ihrer durch Vertrag begründeten Beförderungspflicht nur nach Vorausleistung des Fahrgeldes. Man kann, wenn auch nicht ganz korrekt, sagen, die Transportobligation werde durch Entnahme des Fahrscheins begründet. Denn der Reisende kann vertragsmässig seinen Beförderungsanspruch erst nach Zahlung des Fahrgeldes geltend machen. Der Erwerb des Fahrscheins ist das Zeichen, dass er dieser Verpflichtung genügt und somit einen nunmehr durch keine Gegenleistung beschwerten Beförderungsanspruch hat.

Allerdings sind diese Vorgänge durch die Ausdrucksweise des täglichen Verkehrs verwischt worden. „Ein Billet xter Klasse nach A.“ heisst aber doch nichts anderes, als: ich will unter den mir

[1]) Dies meinen W. Koch: Bd. II S. 122 Urt. d. Stadtamts Frankfurt a. M. Ztschrft. Bd. XIV No. 34 S. 522. Endemann: Recht der Eisenbahnen. S. 675. Schneeli S. 61.

bekannten Bedingungen für den festgesetzten Preis nach A. fahren. Der Fahrkartenverkäufer erhebt keinen Widerspruch und erklärt damit den Willen des Unternehmers diesen Antrag zu acceptieren. Darauf leistet der Transportnehmer das Fahrgeld. Das Billet wird ausgehändigt[1]).

Wenn Koch (a. a. O. S. 122) und Schneeli (a. a. O. S. 61) für die gegnerische Ansicht geltend machen, dass ein früherer Vertragsschluss, als im Moment der Aushändigung des Billets, deshalb nicht denkbar sei, weil dann erst der Konsens über die Essentialien des Geschäfts erzielt sei, so lassen sie sich durch die abgekürzte Form, in der der Vertragsschluss vor sich geht, täuschen. Da der gesamte Inhalt des Vertrages von vornherein feststeht, so hat sich auch eine formelmässige Art des Abschlusses ausgebildet, in welcher die Einzelheiten nicht zum Ausdruck kommen.

Der zweite Einwand, den Schneeli gegen die hier vertretene Ansicht vorbringt, dass ein Reisender ohne Fahrschein keine Berechtigung habe, und darum bevor er im Besitz eines Fahrscheines sei kein Transportvertrag zu stande gekommen sein könne, beruht aber auf einer Verwechslung zwischen Erwerb der Berechtigung und Möglichkeit der Ausübung der Berechtigung. Die Berechtigung wird erworben durch den Konsensualvertrag. Die Möglichkeit der Ausübung wird erworben durch Entgegennahme der Fahrkarte nach Zahlung des Fahrgeldes.

Nach der gegnerischen Ansicht wäre der Passagiervertrag kein Konsensualvertrag. Der Fahrschein wäre dispositive Urkunde, seine Ausstellung und Aushändigung machte den Vertrag perfekt. Es fragte sich dann noch immer, als was die Zahlung des Fahrgeldes zu betrachten wäre, gegen die doch nur die Billetausgabe erfolgt. Schneeli meint, die Zahlung wäre ohne Einfluss auf die Perfektion des Vertrages, Zahlung und Ausgabe des Fahrscheins erfolgten Zug um Zug. Damit dass man sage, das Fahrgeld müsse zuerst hingelegt werden, sei noch keineswegs erwiesen, dass dasselbe vor Ausgabe des Scheins in das Eigentum der Bahn übergehe.

Mit diesen Worten ist noch nicht erwiesen, dass die Zahlung

[1]) Dieser Ansicht war Goldschmidt: Haftungspflicht der Eisenbahnverwaltungen. Ztschrft. Bd. IV S. 597: „Die Fahrkarten werden dem Reisenden regelmässig erst nach Perfection des Transportvertrages ausgehändigt, nämlich erst dann, wenn er seinerseits das Fahrgeld entrichtet hat." Doch sagt er im System des Handelsrechts § 127 S. 189: „Die Transportobligation wird regelmässig begründet durch Entnahme eines Fahrscheins mit Vorausbezahlung." cfr. Eger: Das Deutsche Frachtrecht. II. Aufl. Bd. III S. 372, der die im Text dargelegte Ansicht mit der Modifikation vertritt, dass die Acceptation der Vertragsofferte des Reisenden durch Annahme des Fahrpreises erfolge.

des Fahrgeldes in Erfüllung des Vertrages geschieht. Denn sie erfolgt doch immer vor Perfection des Vertrages, und die Perfektion des Vertrages „die Aushingabe" der Fahrkarte erfolgt nur gegen sie. Das Fahrgeld könnte also nur Preis der Perfection und nicht der ausbedungenen Beförderung sein. Mir scheint, dass die hier vertretene Ansicht mit den thatsächlichen Verhältnissen besser übereinstimmt. Für die rechtliche Natur der Fahrkarte folgt aus derselben an und für sich noch nichts, ausser dass dieselbe Quittung über den Empfang des Fahrpreises ist. Ihre weiteren rechtlichen Eigenschaften sind hier bedeutungslos.

VIII.

Übertragbarkeit und Teilbarkeit des Beförderungsanpruchs.

Der Beförderungsanspruch ist nach gemeinem wie nach preussischem Recht frei übertragbar. § 382 I 11 A. L. R.

Von vornherein liegt kein Grund vor, hierin eine Ausnahme für den Beförderungsanspruch gegen den Eisenbahnunternehmer zu machen. Die Ansicht Eger's die Übertragung des Beförderungsanspruchs sei unstatthaft, da die Eisenbahnen beim Vertragsabschluss Persönlichkeit und Individualität des Beförderungsnehmers in Betracht zögen[1]), widerspricht den thatsächlichen Vorgängen. Durch § 13 des Betriebsreglements (jetzt § 20 V. O.) ist nicht der geringste Anhalt für Eger's, Ansicht gegeben, denn der § handelt nur von dem Recht des Eisenbahnunternehmers, dem einzelnen Passagier, falls er trunken ist, sich renitent zeigt, oder mit einer sichtlichen, die Mitreisenden voraussichtlich belästigenden Krankheit behaftet ist, die Mit- oder Weiterreise zu versagen, giebt also in diesen Fällen das Recht zum Rücktritt vom Vertrage. Vielmehr wird gerade durch diese Bestimmung der Unternehmer bzw. sein Stellvertreter in die Lage versetzt, Persönlichkeit und Individualität des Reisenden nicht in betracht zu ziehen. Dem Eisenbahnunternehmer kann es gleichgültig sein, wen er befördert, sofern er nur davor gesichert ist aus demselben Vertrage zwei mal befördern zu müssen. Die persönlichen Eigenschaften des Einzelnen spielen ihm gegenüber keine Rolle. Für ihn besteht eine Fungibilität aller Reisenden. Dies folgt aus § 6 der Verkehrsordnung, durch dessen Veröffentlichung sich der Unter-

[1]) Eger: a. a. O. Bd. III S. 373; sehr ausführliche Wiederlegung siehe bei Schneeli: a. a. O. S. 28—33.

nehmer erbietet, mit Jedem schlechthin, der den gestellten Beförderungsbedingungen entspricht, zu kontrahieren. Es kann darum davon, dass der Unternehmer die Beförderung nur einer bestimmten Persönlichkeit verspricht, und einem hieraus entstehenden Hindernis der Übertragbarkeit keine Rede sein. —

Die Beförderungsleistung ist nicht in dem Sinne teilbar, dass sie unbeschadet ihres Wesens in Teilleistungen zerlegt werden könnte, deren jede gleichen Inhalts wäre wie die Gesammtleistung, und sich nur quantitativ von dieser unterschiede[2]), quia operis effectus in partes scindi non potest. Fr. 85 § 2 de V. O. 45,2. Somit ist auch der Beförderungsanspruch in diesem Sinne nicht teilbar, und auch nicht teilweise durch Cession übertragbar.

Wohl aber ist die Beförderungsleistung in einem anderen Sinne teilbar.

Das immaterielle opus, der Personenbeförderungsleistung ist keine organische Einheit. Es ist zusammengesetzt aus ungezählten kleineren opera, die addirt das Gesamtresultat, die bedungene Beförderung ergeben. Jedes ist aber für sich selbständig der Existenz fähig. Nur durch den Willen der Parteien sind sie in bestimmter Reihenfolge zusammengebunden. Jeder Raumteil, den der Zug mit dem Passagier durchrollt, ist ein opus für sich, das für sich, wie es entsteht, konsumiert wird. Der effectus operis wird also durch Addition der Effekte dieser Einzel-opera erreicht. Es ist nun an sich durchaus nicht notwendig, dass diese Einzel-opera bis zur Vollendung des Gesamtopus in ununterbrochener Folge entstehend konsumiert werden. Die Übereinkunft der Parteien kann in der Aneinanderreihung der opera Pausen von längerer oder kürzerer Dauer eintreten lassen, und so den Beförderungsanspruch in seiner Ausübung in aufeinanderfolgende Teile zerlegen[3]).

Es ist aber ebenso wenig notwendig, dass die von dem Eisenbahnunternehmer zusammen geschuldeten Einzel-opera in ihrer Aufeinanderfolge von derselben Person konsumiert werden. Auch der Beförderungsanspruch zerfällt in dieselben Teile, wie die geschuldete Leistung. Ebenso gut wie die Gesamtsumme der Einzelbeförderungs-

[1]) Endemann: Recht der Eisenbahnen. § 132 S. 674.

[2]) Windscheid: Pandekten. § 233. Dernburg: Pandekten. Bd. II § 24. Förster-Eccius Bd. I. § 67.

[3]) Dies geschieht z. B., wenn dem Passagier durch denselben Vertrag eine Hin- und Rückbeförderung versprochen wird. Der Unternehmer gestattet alsdann dem Reisenden, nach Entgegennahme der Hinbeförderung eine gewisse Pause bis zum Antritt der Rückreise zu machen. Auch bei einfacher Beförderung gestattet § 21 V. O. eine eintägige Unterbrechung.

ansprüche muss aber auch eine Teilsumme der Übertragung durch Cession fähig sein. Der Beförderungsanspruch kann also in nacheinanderfolgenden, nicht nebeneinander bestehenden Teilen, die sich von dem Ganzen nach dem Quantum der in ihnen enthaltenen Einzelansprüche unterscheiden, unter Mehrere verteilt werden, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob bereits die Konsumption der Einzel-opera begonnen hat, oder nicht[1]). Hieran wird auch dann nichts geändert, wenn der Beförderungsvertrag in Gestalt der locatio conductio rei abgeschlossen ist. Denn der mit dem Anspruch auf Gewährung des Gebrauchs des Transportmittels verbundene Anspruch auf Beförderung desselben, ist nicht anders zu beurteilen, als der selbständige Beförderungsanspruch. Der Mietsanspruch ist aber in derselben Weise der Teilcession fähig.

Ist somit rechtlich die Möglichkeit der Cession eines Teils des Beförderungsanspruchs gegeben, so bleibt immer noch die Frage zu erörtern, ob für den Beförderungsanspruch, wie er durch den Passagiervertrag mit dem Eisenbahnunternehmer erworben wird, Umstände vorliegen, welche den Eintritt dieser Möglichkeit verhindern.

Ausgeschlossen ist, wie die Cession des ganzen Anspruchs, so auch die Teilcession, wenn die Lage des Schuldners durch dieselbe in der Erfüllung seiner Verbindlichkeit verschlechtert würde[2]). Durch einen blossen Wechsel in der Person des Reisenden geschieht dies an sich noch nicht, denn wie schon oben gezeigt ist, hat der Unternehmer kein rechtlich zu schützendes Interesse an der Person des Passagiers. Tritt eine von den im § 20 V. O. bezeichneten Personen als Cessionar ein, so steht dem Unternehmer ein Rücktrittsrecht zu. Seine Lage wird also auch dann nicht verschlechtert. Soweit aber eine grössere Belästigung des Unternehmers stattfindet, braucht er den Wechsel sich nicht gefallen zu lassen. Eine grössere Belästigung träte dann ein, wenn der Unternehmer genötigt wäre, um dem Cessionar die Ausübung seines Teilanspruches zu ermöglichen, denselben ausserhalb der Haltestellen aufzunehmen. Eine Teilcession, die dies voraussetzt, würde als die Lage des Schuldners

[1]) v. Bar: Zweifelhafte Betrugsfälle. Gerichtssaal Bd. 40 S. 487 führt als Beispiel an, dass auf einer Reise zwischen Köln und Berlin der Anspruch auf den jeweiligen Rest der Beförderung an den 68 verschiedenen Stationen cediert werden könne. Richtig bemerkt Schneeli, dass man noch weiter gehen und die Uebertragung in jedem beliebigen Augenblick der Fahrt, z. B. zwischen zwei Stationen gestatten müsse. Zum Beispiel könnten 2 Personen, welche sich im Zuge befänden, wenn sie beide ihr Reiseziel ändern möchten, ihre Fahrkarten austauschen. a. a. O. S. 46.

[2]) Windscheid: Pandekten. VII. Aufl. Bd. II § 335 S. 248.

[3]) v. Bar: Zweifelhafte Betrugsfälle. Gerichtssaal Bd. 40 S. 487.

verschlechternd unzulässig sein. Dagegen kann eine Belästigung und somit eine Verschlechterung der Lage des Schuldners nicht in der durch häufige Cession nötig werdenden vermehrten Kontrolle gefunden werden, wie dies v. Bar meint. Treffend bemerkt Schneeli hiergegen, dass die Kontrolle nur ein Recht, nicht eine Pflicht des Unternehmers sei, dessen Ausübung ihm überlassen bleiben muss[1]).

Unzulässig ist aber die Teilcession, wenn zwischen dem Passagier und Unternehmer ein pactum de non cedendis singulis operibus. geschlossen wird[2]). Dies geschieht dann, wenn dem Passagier ausdrücklich erklärt wird, dass die Cession eines Teils des Anspruchs, sei es vor oder nach Beginn der Beförderung, ausgeschlossen sein soll, und der Passagier sich damit einverstanden erklärt. Schon dann muss aber der Abschluss eines solchen pactum angenommen werden, wenn das gehörig zur Kenntnis des Publikums gebrachte Reglement eine diesbezügliche Bemerkung enthält, und der Passagier ohne dieser Bestimmung zu widersprechen, den Vertrag abschliesst[3]).

Aber auch ohne ein solches pactum muss die Teilcession dann ausgeschlossen sein, wenn es erhellt, dass die Leistung als einheitliche d. h. nur dem versprochen wird, der sie insgesamt konsumiert, dass also zur Konsumption eines Teil-opus nur der berechtigt sein soll, welcher die sämtlichen anderen konsumiert hat.

So sagt Goldschmidt[4]):

„Der Fahrschein ist nicht mehr übertragbar nach begonnenem Transport, sofern aus der Erklärung oder aus den Umständen hervorgeht, dass die Transportleistung als einheitliche für die ganze Strecke gemeint ist; insbesondere nicht, wenn, wie bei den sogenannten Retourbillets, für die Gesamtstrecke ein geringerer Preis festgesetzt ist, als für alle einzelnen Strecken zusammengenommen."

Wenn es aus der Erklärung des Eisenbahnunternehmers hervorgeht, dass er die Beförderungsleistung nur als einheitliche versprechen will, so führt dies, wie oben bemerkt, zum Abschluss eines pactum de non cedendis singulis operibus, dem unbedingte Wirksamkeit nicht versagt werden kann.

Von den Umständen, aus denen aber der Wille, die Leistung nur als eine einheitliche zu versprechen, hervorgehen soll, nennt

[1]) Schneeli: a. a. O. S. 47.

[2]) Windscheid: Pand. VII. Aufl. Bd. II § 335 S. 248 Anm. 5 und dort citierte betreffend die Gültigkeit des Veräusserungsverbots auch im Verhältnis von Cessionar und Schuldner.

[3]) So Entsch. d. Kammergerichts vom 15. XII. 1884. Eger: Eisenbahnrechtliche Entscheidungen. Bd. IV S. 21. De Jonge: Die Unübertragbarkeit des Retourbillets S. 4 hat diese Entscheidung völlig missverstanden.

[4]) System § 127 S. 189.

Goldschmidt nur die Einheit des Preises für den Fall der Ausgabe von Retourbillets. Das Wesen der Fahrkarte und dessen Wirkung auf den Beförderungsanspruch hinsichtlich seiner ganzen oder teilweisen Übertragbarkeit lassen wir nun vorläufig ganz dahingestellt. Hier handelt es sich nur um die rechtliche Natur des Beförderungsanspruchs selbst.

Ferner ist daran festzuhalten, dass zwischen einem einfachen Beförderungsanspruch und einem Anspruch auf Hin- und Rückbeförderung von vornherein gar kein Unterschied besteht. Die Eigentümlichkeit des Hin- und Rückbeförderungsanspruchs besteht nur darin, dass nach Übereinkunft der Parteien an bestimmter Stelle eine längere Pause in der Ausübung des Gesamtbeförderungsanspruchs eintreten können soll. Eine besondere rechtliche Eigenschaft verleiht aber diese Übereinkunft nicht. Wenn also aus gewissen Umständen hervorgeht, dass die Hin- und Rückbeförderungsleistung als einheitliche Leistung versprochen ist, so müssen diese Umstände, auch für die einfache Beförderungsleistung eine Einheitlichkeit begründen und umgekehrt. De Jonge[1]) hebt als Umstände, aus denen die Einheitlichkeit der Hin- und Rückbeförderungsleistung folgen soll, neben der Einheit des Preises hervor: die Einheit des Zwecks, dem die Leistung dient, die Einheit des Rechtsgeschäfts, das darüber geschlossen wird, die Einheit der Zeit, in der sie erfüllt, die Einheit der Urkunde, die darüber ausgestellt wird.

Unter Einheit des Zwecks versteht De Jonge, dass die Beförderungsleistung dem einheitlichen Bedürfnis einer Person zu dienen bestimmt ist. Dies ist aber stets der Fall, wenn die Leistung als eine einheitliche versprochen wird. Die Einheitlichkeit der Leistung besteht eben darin, dass sie nur von einer Person konsumiert, also auch nur dem Bedürfnis dieser dienen soll. Die Einheit des Zwecks ist also das eigentliche thema probandum und nicht Beweisgrund Den übrigen von De Jonge angeführten Umständen kommt aber gar keine rechtliche Bedeutung zu. Der Hin- und Rückbeförderungsanspruch ist, wie oben dargelegt, nur ein einziger Anspruch, der in seiner Ausübung zeitlich in zwei Teile zerlegt ist. Selbstverständlich ist es darum, dass er durch ein und dasselbe Rechtsgeschäft begründet und eine Urkunde über ihn ausgestellt wird.

Darum besteht der Hin- und Rückbeförderungsanspruch ebenso wie der einfache Beförderungsanspruch aus Einzelbeförderungsansprüchen, die ebenso gut der Übertragung durch Cession fähig sind. Es bleibt die Einheit des Preises.

[1]) De Jonge: Die Unübertragbarkeit der Retourbillete. Freiburg 1888 S. 11.

Von einer Einheit des Preises kann dann nicht die Rede sein, wenn der Preis des Gesamt-opus nur eine Addition der Preise für die Einzel-opera ist, sondern nur dann, wenn für das Gesamt-opus ein geringerer Preis festgesetzt ist.

Aber es ist nicht zuzugeben, dass aus der Fahrgeldermässigung allein hervorgeht, dass die Gesamtleistung als einheitliche versprochen ist.

Zunächst giebt die Preisermässigung nur zu erkennen, dass der Unternehmer demjenigen, der mit ihm über eine grössere Leistung kontrahiert, in Anbetracht des für ihn damit verbundenen Vorteils, auch seinerseits eine Vergünstigung zukommen lassen will.

Hieraus folgt aber nicht unbedingt, dass diese Vergünstigung nur dem zu gute kommen soll, der auch die ganze Leistung konsumiert.

Durch die Preisermässigung sichert sich der Unternehmer einen Reisenden von vornherein für eine grössere Strecke bzw. auch für die Rückfahrt. Es ist aber nicht gesagt, dass er sich auch denselben Reisenden sichern wolle[1]). Im Grunde ist diese Einheit des Preises nichts anderes, als der Rabatt, den die Producenten für die Abnahme grosser Posten Waaren gewähren. Dieser Rabatt wird für die Abnahme nicht für die Konsumption gewährt.

Es soll nicht bestritten werden, dass die Teilcession unzulässig ist, wenn aus den Umständen hervorgeht, dass die Leistung als einheitliche versprochen ist. Nur muss dies unzweideutig aus den Umständen hervorgehen.

Die Einheit des Preises reicht darum für sich allein nicht aus, um die Teilcession auszuschliessen. Selbst wenn man aber der Einheit des Preises diese Wirkung beimessen wollte, so würde dies aus später zu erörternden Gründen nicht genügen, um ohne den Hinzutritt anderer Momente die Übertragbarkeit der Fahrkarte auszuschliessen[2]).

IX.

Die Rechtsnatur der Eisenbahnfahrkarte[3]).

Die vorstehende Erörterung betrachtet den Beförderungsanspruch nur als Produkt des Konsensualvertrages[4]). Wesen und Einfluss der Fahrkarte sind gänzlich bei Seite gelassen. Denn eine Ansicht

[1]) Schneeli: a. a. O. S. 46 Anm. 83.

[2]) cfr. unten S. 86.

[3]) Den folgenden Ausführungen liegt zu Grunde: Brunner's Artikel „Die Wertpapiere." Endemann: Handbuch des H. R. Leipzig 1882 Bd. V.

[4]) Nach dem Vorgang Schneeli's.

über die Rechtsnatur der Fahrkarte ist abhängig von der Ansicht über die in betracht kommenden Eigenschaften des mit der Fahrkarte in rechtlicher Verbindung stehenden Beförderungsanspruchs.

Es liegt nicht in meiner Absicht sämtliche möglichen Arten von Fahrkarten einer Untersuchung zu unterziehen. Es soll vielmehr nur die Fahrkarte, wie sie die Verkehrsordnung vorschreibt, betrachtet werden. Hieran wird sich noch eine kurze Betrachtung über die Bedeutung des Vermerks „unübertragbar" schliessen.

Die Ansichten über die Rechtsnatur der Fahrkarte sind sehr geteilt.

Gareis[1]) spricht ihr gar keine rechtliche Bedeutung zu. Sie soll nichts sein als ein Mittel zur Kontrolle der Erfüllung der Vorbedingung einer Rechtsausübung. Er vereinigt die Fahrkarte mit den übrigen Karten und Marken des täglichen Verkehrs unter dem Begriff „Legitimationszeichen". „Diese sollen kein Recht beweisen, nicht Träger eines Rechts sein. Sie haben allein den Zweck Ordnung im Geschäft, namentlich im Massengeschäft zu schaffen." Er sagt dann wörtlich: „An sich bewegt sich das Eisenbahnbillet in gänzlicher Voraussetzungslosigkeit. Es beweist an sich ausser seiner Existenz garnichts, weder dass es vom Besitzer erworben, noch dass es gelöst, dass es bezahlt, noch dass die Eisenbahn jedenfalls verpflichtet ist. Keine Eisenbahnverwaltung giebt das Billet aus, um sich zu verpflichten, sondern nur, um der Kontrolle der Benutzung willen." Weiter gehen Bekker[2]) und Eger[3]): „Das Fahrbillet ist die Quittung über die Zahlung des Fahrpreises und damit zugleich die Legitimation zur Fahrt; es ist nicht Träger der Obligation, nicht Vertrags- oder Beweisurkunde."

Auch für W. Koch[4]) ist das Billet Quittung, daneben aber auch qualificiertes Legitimationspapier, d. h. „ein Dokument, welches den Inhaber als den eigentlichen Dienstmieter, bzw. als den Cessionar desselben legitimiert." Früher war auch Goldschmidt dieser Ansicht[5]).

Schott hält das Billet für ein Wertpapier, nämlich ein Legitimationszeichen, von dessen Innehabung die wirksame Geltendmachung

[1]) Busch's Archiv. Bd. XXXIV No. VI.

[2]) In Bekker's und Muther's Jahrbüchern Bd. I S. 307. „Postscheine und Eisenbahnbillets sind Quittungen über geschehene Zahlungen, durch die der Zahlende einen Anspruch auf Beförderung mit einer bestimmten Gelegenheit erworben hat."

[3]) Das Deutsche Frachtrecht. II. Aufl. Bd. III S. 371.

[4]) Deutschlands Eisenbahnen. Bd. II S. 104. 105.

[5]) Die Haftungspflicht der Eisenbahnverwaltungen. Ztschrft. Bd. IV S. 597.

des gesetzlichen Beförderungsanspruchs abhängt[1]). Die herrschende Meinung hält die Fahrkarte für ein vollkommenes Inhaberpapier[2]).

Die diese Meinung vertretenden Autoren geben jedoch fast durchweg keine besondere Begründung für die Eisenbahnfahrkarte. Pappenheim aber, der ausführlicher ist, hat nur bewiesen, dass die Eisenbahnfahrkarten Inhaberpapiere sein können, nicht aber, dass die nach Maassgabe der Bestimmungen des Betriebs-Reglements bzw. der Verkehrsordnung ausgegebenen Fahrkarten dies in der That sind. Dagegen richtet Schneeli seine Beweisführung auf diese Frage, doch, wie ich zu zeigen hoffe, nicht überall mit zutreffenden Gründen.

Die Fahrkarte gehört zu den Karten und Marken des täglichen Verkehrs. Dies sind nach Fuchs alle Urkunden, welche im täglichen Leben als Bescheinigungsmittel oder als Träger von Forderungsrechten erscheinen. Es ist aber vor allem festzuhalten, dass die Auffindung gemeinsamer Rechtssätze für diese in ihrer rechtlichen

[1]) a. a. O. S. 525: „Der Verkauf des Billets ist ein wahrer Verkauf eines Wertobjekts, so gut wie Verkauf eines anderen Wertpapiers. Und dementsprechend ist auch das Fahrbillet weder Beweisurkunde über den abgeschlossenen Beförderungsvertrag — denn ein solcher existirt nicht —, noch Quittung über den geschuldeten Fahrpreis — denn in dem Moment, wo der Billetkäufer den Fahrpreis zahlt, giebt es gar keine Schuld desselben —, sondern dasselbe ist lediglich ein Legitimationszeichen, von dessen Innehabung die wirksame Geltendmachung des gesetzlichen Beförderungsanspruchs abhängt."

Schott schwebt bei diesen Erörterungen offenbar die Analogie der Briefmarke vor.

[2]) Eger: a. a. O. S. 371 bemerkt zwar, dass die herrschende Meinung die Fahrkarte für eine blosse Quittung halte. Doch trifft dies nicht zu. Insbesondere halten die Fahrkarte für ein vollkommenes Inhaberpapier: Unger: Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere, Leipzig 1857. S. 95. Kuntze: Lehre von den Inhaberpapieren. S. 498. Thöl: Handelsrecht. 6. Aufl. Bd. I S. 669. Goldschmidt: System des Handelsrechts. § 127. Brunner in Endemann's Handbuch. Bd. II 3. Abschnitt. Die Wertpapiere. S. 206. Beseler: System des gemeinen Deutschen Privatrechts. IV. Aufl. 1885 Bd. I S. 342. Stobbe: Deutsches Privatrecht. Bd. III S. 199. Förster-Eccius: Preussisches Privatrecht. 6. Aufl. Bd. I S. 371. v. Ihering: Rechtsschutz gegen iniuriöse Rechtsverletzungen, Jahrbücher für Dogmatik, Bd. XXIII S. 327 ff. Endemann: Recht der Eisenbahnen. S. 675. v. Bar: Zweifelhafte Betrugsfälle. Gerichtssaal Bd. XL Heft 7. Altsmann: Die Weiterveräusserung des Retourbillets. bei Gruchot Bd. XXX S. 110. Westrum: Unübertragbarkeit des Retourbillets. Jur. Wochenschrift 1886 15. Jahrgang No. 22 S. 259. Pappenheim: Begriff und Arten der Papiere auf den Inhaber. S. 82. Fuchs: Die Karten und Marken des täglichen Verkehrs. De Jonge: Die Unübertragbarkeit des Retourbillets und: Retourbillet und kein Ende. Schneeli: Die rechtliche Natur des Eisenbahnfahrscheins.

Dernburg: Preuss. Privatr. Band II IV. Aufl. 1888 S. 220 lässt die Frage offen: „Nicht selten ist die Frage, ob vollkommenes oder unvollkommenes Inhaberpapier zweifelhaft: so bei den Karten und Marken des täglichen Verkehrs."

Kohler: Die Briefmarke im Recht. Archiv für bürgerliches Recht. Bd. VI S. 316.

Bedeutung sich je nach der Privatwillkür ständig anders gestaltenden Zeichen unmöglich ist. Von vornherein ist es als verfehlt zu betrachten, wenn Gareis die Eisenbahnkarte mit Gebilden, wie Essmarken, Garderobemarken, Postwertzeichen zusammenwirft und allgemein gültige Rechtssätze für diese willkürlich gebildete Kategorie behauptet, die für jedes einzelne Zeichen erst besonders nachgewiesen werden müssten. Vielmehr muss, wie die Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs[1]) sehr treffend sagen, in jedem Falle der erforderlichenfalls an der Hand der Verkehrssitte zu ermittelnde Wille des Ausstellers für die rechtliche Natur des Zeichens den Ausschlag geben.

Weder die Ausgabe überhaupt noch die Ausgabe einer bestimmten Gattung von Fahrkarten beruht auf einer Verpflichtung des Unternehmers. Zwar behauptet Schneeli[2]), dass der Unternehmer verpflichtet sei Fahrkarten als Wertpapiere auszugeben, deshalb, weil andernfalls leicht eine Benachteiligung des einzelnen Reisenden bei der Schwierigkeit der Legitimation zur Entgegennahme des Beförderungsanspruchs durch andere Mittel eintreten könne, der Staat aber die Verpflichtung habe, der in dieser Möglichkeit liegenden Gefährdung des öffentlichen Interesses entgegenzutreten, was am einfachsten dadurch geschehen könne, dass der Staat jedem mit der Eisenbahn Kontrahierenden eine Klage gebe auf Gewährung dieses notwendigen Beweismittels. Wenn aber in einer theoretischen Schrift eine solche Pflicht des Staats behauptet wird, so wird dadurch noch nicht der unerlässliche Beweis erbracht, dass der Staat dieser Pflicht wirklich genügt hat.

Wie oben nachzuweisen versucht ist, hat die Fahrkarte mit dem Vertragsschlusse selbst nichts zu thun. Sie kann darum weder schlichte Beweisurkunde noch dispositive oder konstitutive Urkunde sein. Sie wird vielmehr in Verfolg der Ausführung des bereits geschlossenen Passagiervertrages hingegeben. Der Unternehmer ist durch den Passagiervertrag, wie er auf Grund des Reglements geschlossen ist, verpflichtet, dem Passagier eine solche Fahrkarte hinzugeben, wie das Reglement es bestimmt.

Somit können für diese Untersuchung nur massgebend sein die einschlägigen Bestimmungen der Verkehrsordnung, indem hier wie auch sonst der normale Fall allein in Betracht gezogen wird, dass diese vom Eisenbahnunternehmer in sein Reglement aufgenommen sind.

---

[1]) Bd. II S. 721.
[2]) a. a. O. S. 54 ff.

§ 12 der Verkehrsordnung lautet:

„Die Fahrkarte muss die Strecke, für welche sie Geltung hat, die Gattung des Zuges, die Wagenklasse, sowie den Fahrpreis, sofern derselbe Valutaschwankungen nicht unterliegt, enthalten."

§ 10 des Betriebs-Reglements fügte noch zu diesen Erfordernissen hinzu:

„endlich die Zeit oder den Zug, wofür das Billet gilt. Die Zeit oder der Zug, wofür jedes Fahrbillet gültig, ist durch Abstempelung darauf ausgedrückt."

Die Aufnahme der Zeit oder des Zuges in das Billet wird auch jetzt von der Verkehrsordnung zugelassen (§ 19 Abs. 3 V. O). Ebenso konnte sie während der Geltung des Betriebs-Reglements unterbleiben. Im übrigen ist dieser Zusatz für die Rechtsnatur der Fahrkarte ganz unwesentlich. Ist er nicht vorhanden, so lässt der Passagiervertrag den Zeitpunkt der Ausübung des Beförderungsanspruchs in das Belieben des Reisenden gestellt.

Überhaupt giebt § 12 V. O. nur den Minimalinhalt der Fahrkarte. Thatsächlich ist dieser aber der normale.

Die Fahrkarte enthält die Angabe des Fahrgeldes. Sie wird nur gegen Zahlung dieser Summe hingegeben. Demnach fungiert sie als Empfangsbescheinigung über das Fahrgeld, d. h. als Quittung. Die Fahrkarte ist aber auch Wertpapier. Die Beförderung wird nur dem geleistet, der in der Lage ist, eine über diese Beförderung lautende Fahrkarte vorzuzeigen. Auch nach begonnener Beförderung kann der Anspruch auf die weitere Leistung nur dann ausgeübt werden, wenn der Reisende im Besitz eines giltigen Fahrbillets ist. Wer ohne Fahrkarte betroffen wird, muss, sofern er zur Mit- oder Weiterfahrt zugelassen werden will, sofort ein neues Billet bezahlen. Die Verkehrsordnung kennt keinen Unterschied, ob der ohne Fahrkarte im Zuge angetroffene Reisende bereits eine solche gehabt und verloren, oder ob er gar keine gelöst hat. Das Vorzeigenkönnen einer Fahrkarte ist also das einzige Mittel, um die Beförderung zu erlangen (§ 21 V. O.).

Ausdrücklich sagt § 14 V. O.:

„Die Fahrkarten geben Anspruch auf Plätze in der entsprechenden Wagenklasse, soweit solche vorhanden sind."

M. E. ist hiermit der klare Beweis erbracht, dass das Billet eine Urkunde ist über ein Privatrecht, dessen Verwertung durch das Innehaben der Urkunde privatrechtlich bedingt ist[1]). Verwertung ist aber nicht nur Übertragung, sondern in allererster Linie Ausübung.

---

[1]) Brunner: a. a. O.

Es fragt sich aber, wer zur Geltendmachung des Beförderungsanspruchs berechtigt sein soll. Das Papier selbst nennt keinen Berechtigten. Daraus allein geht aber noch nicht hervor, dass der Wille des Unternehmers dahin geht, sich jedem Inhaber zu verpflichten. Es ist falsch, was Schneeli sagt, dass die Fahrkarte schon aus diesem Grunde Inhaberpapier sein müsse[1]). Es ist sehr wohl möglich und dieser Fall tritt auch, wie unten zu zeigen ist, häufig genug gerade bei der Eisenbahnfahrkarte ein, dass der Schuldner berechtigt ist, jedem Inhaber des Wertpapiers, das keinen Berechtigten nennt, zu leisten, dass darum aber noch nicht die Absicht besteht, jedem Erwerber ein selbständiges Forderungsrecht einzuräumen, sondern dass das Forderungsrecht nur einem ganz bestimmten Berechtigten zustehen soll. Schneeli[2]) meint freilich, dass die Annahme dieser Klasse von Wertpapieren, der sog. unvollkommenen oder hinkenden Inhaberpapiere, nur auf einer Verwechslung der Legitimationspapiere und der Legitimationszeichen beruht. Die Legitimationspapiere bezweckten eine Erleichterung des Schuldners inbezug auf die Legitimationsprüfung, eine solche sei aber nur bei Namen- und Orderpapieren möglich, weil bei den Inhaberpapieren der Präsentant schon durch den blossen Besitz legitimiert sei.

Diese Deduktion beruht aber auf der petitio principii, dass das Wertpapier, welches keinen Berechtigten nennt, notwendig jeden Inhaber zur Entgegennahme der Leistung legitimiere.

Die Nennung keines Berechtigten hat nur die eine notwendige Folge, dass der Schuldner berechtigt ist, an jeden Inhaber ohne Legitimationsprüfung zu leisten. Notwendig ist aber nicht, dass das Innehaben des Papiers schlechthin zur Entgegennahme der Leistung legitimiert. Es kann auch gewollt sein, dass das Gläubigerrecht nur einer ganz bestimmten Persönlichkeit zustehen soll. Bei Namen- oder Orderpapieren, die Legitimationspapiere sind, ergiebt sich der Berechtigte aus dem Papier selbst. Nennt dagegen das Papier keinen Berechtigten und erhellt der Wille des Ausstellers nicht, für jeden Inhaber ein selbständiges Forderungsrecht zu begründen, so

[1]) a. a. O. S. 57. S. 69 f. Ebenso Endemann: Recht d. Eisenbahnen. S 675. Das Billet ist in diesem Sinne, da der darin zugesagte Transport einen in Geld veranschlagten Wert hat, Wertpapier. Es ist Inhaberpapier, da es nicht auf einen bestimmten Namen lautet.

[2]) a. a. O. S. 69 ff. Auch Pappenheim: Begriff und Arten der Papiere auf den Inhaber. Berliner Inaugural-Dissertation 1881, bestreitet, dass das hinkende Inhaberpapier Wertpapier sei. „Dieses Papier charakterisiert sich nur als schlichte Beweisurkunde.“ Es fehlt aber jeder Beweis der Unmöglichkeit, dass ein Legitimationspapier als Wertpapier ausgestellt werden kann.

muss die Persönlichkeit, welcher das Recht aus dem Papier zustehen soll, aus dem übrigen Inhalt der Urkunde bzw. den ihre Entstehung begleitenden Umständen ermittelt werden.

Ein Beispiel sind die Rostocker Sparkassenbücher. Dieselben sind Wertpapiere, nennen aber keinen Berechtigten. Doch ergiebt sich aus einer Bestimmung des Statuts der Sparkasse, dass dabei nicht die Absicht besteht, jedem Inhaber ein selbständiges Forderungsrecht zu schaffen, sondern dass die Nichtangabe des Berechtigten allein bezweckt, der Sparkasse die schwierige Legitimationsprüfung zu ersparen. Berechtigt aus dem Papier soll vielmehr nur derjenige sein, welcher die Einlage, über welche es lautet, bei der Sparkasse gemacht hat[1]).

In dem Fehlen der Angabe eines Berechtigten allein ist also ein Kennzeichen der Inhaberpapierqualität des Wertpapiers nicht zu finden. Es treten aber andere Umstände hinzu, welche die Qualität der Fahrkarte als vollkommenes Inhaberpapier m. E. als sicher erscheinen lassen. Es fehlt nämlich jeder Anhalt dafür, dass bei der Stellung der Fahrkarte auf den Inhaber allein die Absicht vorherrscht, dem Unternehmer die Schwierigkeit der Legitimationsprüfung zu ersparen. Während bei den Sparkassenbüchern geradezu ein Interesse des Publikums vorliegt, dass eine Prüfung der Legitimation des Präsentanten stattfindet, und nur aus Rücksicht auf die Sparkasse durch Stellung der Papiere auf den Inhaber zur einzigen Bedingung der Leistung mit liberatorischer Wirkung die Präsentation des Papiers durch den Empfänger gemacht wird, liegt bei der Fahrkarte das grösste Interesse des reisenden Publikums vor, dass allein das Innehaben des Billets zur Ausübung des Forderungsrechts dem Unternehmer gegenüber legitimiert. Der Legitimationsnachweis ist für den Präsentanten des Sparkassenbuchs nur eine geringe Unbequemlichkeit, welche gegenüber dem Verlust, der den Berechtigten durch Leistung an den Nichtberechtigten trifft, keine Rolle spielt. Eine Legitimationsprüfung des Präsentanten der Fahrkarte zuzulassen, würde dahin führen, dass der Reisende durch Verzögerung der Beförderung erheblich geschädigt würde, sobald sich auch nur die geringsten Schwierigkeiten bei dem Legitimationsnachweis herausstellten. Ist aber die Legitimationsprüfung unzulässig, so kann es wohl vorkommen, dass einmal dem Inhaber der Fahrkarte geleistet wird, obwohl er sie gestohlen hat und somit der Eigenthümer um seinen Beförderungsanspruch gebracht wird. Diese

[1]) Urteil des O. L. G. Rostock vom 16. IX. 1885 Seuffert's Archiv N. F. Bd. XII No. 319 S. 456.

mögliche Beschädigung des Einzelnen kann aber dann keine Rolle spielen, wenn ein grosses öffentliches Interesse in Frage kommt.

Es geht auch aus keiner Bestimmung der Verkehrsordnung der Wille des Unternehmers hervor, sich das Recht der Legitimationsprüfung vorzubehalten. Im Gegenteil wird immer nur der Inhaber der Fahrkarte als der einzige Empfangsberechtigte bezeichnet.

Die Transportleistung ist an sich frei durch Cession übertragbar. Wie wir gesehen haben, erscheint die Ansicht, dass der Unternehmer beim Abschluss des Vertrages Persönlichkeit und Individualität des Reisenden in betracht ziehe, und dass darum die Übertragbarkeit des durch den Passagiervertrag begründeten Beförderungsanspruchs ausgeschlossen sei, als nicht haltbar. Ein an die Person des ersten Erwerbers gebundenes Recht wäre freilich nicht geeignet in einem Inhaberpapier verbrieft zu werden.

Ein an sich frei übertragbares Recht ist dazu geeignet.

Da somit auch Bedenken aus der Rechtsnatur des Beförderungsanspruchs nicht entgegenstehen, so wird man den Willen des Ausstellers, der nach Maassgabe des § 12 V. O. gestalteten Fahrkarte, ohne fehl zu gehen, dahin auslegen dürfen, dass ein selbständiges Recht des jedesmaligen Inhabers des Papiers auf die Leistung der in dem Papier bezeichneten Beförderung begründet werden soll[1]).

Die Fahrkarte ist also eine Urkunde über ein Skripturrecht, d. h. der Beförderungsanspruch ist in seinem Inhalt, in seiner Übertragung und Ausübung an das Papier gebunden. Nur seine Entstehung ist freilich von dem Papier getrennt. Dies steht aber dem Charakter als Skripturrecht nicht entgegen[2]). Ferner ist zur Geltendmachung des Beförderungsanspruchs jeder Inhaber legitimiert. An der Berechtigung des Eisenbahnunternehmers Inhaberpapiere auszugeben, kann füglich nicht gezweifelt werden. „Die Inhaberpapiere erscheinen als ein allgemein giltiges Rechtsinstitut, so dass dieselben in Ermangelung einer ausdrücklich entgegenstehenden, gesetzlichen Vorschrift auch dann, wenn sie nicht vom Staate, sondern von Privatpersonen ausgestellt sind, einer besonderen staatlichen Autorisation oder Anerkennung nicht bedürfen, wie auch von der Mehrzahl der neueren Schriftsteller und der Praxis angenommen wird[3])."

Eine der Ausgabe von Inhaberpapieren über eine Beförderungsleistung entgegenstehende gesetzliche Vorschrift existiert für Preussen nicht.

[1]) vgl. Entw. e. b. G. § 702.

[2]) cfr. Goldschmidt: System des Handelsrechts. III. Aufl. § 83a 1c S. 147.

[3]) Entsch. d. R. G. II. C. Sen. vom 27. II. 1875 Bd. XVII S. 153 und dort citierte.

Das Allgemeine Landrecht erwähnt die Inhaberpapiere nur gelegentlich im 15. Titel des ersten Teils § 47ff. und stellt einige Grundsätze über ihre Amortisation und Vindikation auf. Das Gesetz vom 17. Juni 1833 beschränkt nur die Befugnis, Obligationen auf den Inhaber über Geldbeträge auszugeben, ohne dass hieraus geschlossen werden dürfte, dass Inhaberpapiere über andere Leistungen den gleichen Beschränkungen unterligen sollen[1]).

Es soll noch auf einige Einwendungen, welche gegen die Inhaberqualität der Fahrkarte erhoben sind, hingewiesen werden.

Bekker[2]) sagt: „Lotterieloose, Eisenbahnbillets, Postscheine etc. erscheinen gewöhnlich in der Form der Inhaberpapiere. Alle diese Papiere pflegen dem eigentlichen Verkehr, wenn auch nicht gerade entzogen, doch keineswegs bestimmt zu sein, und es wäre widersinnig, sie nach Regeln zu behandeln, die nur aus dem Gedanken, den Verkehr zu erleichtern, geflossen sind".

Hierauf ist mit den Worten Thöl's[3]) zu antworten:

„Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere ist bestimmt durch ihren Zweck. Sie bezwecken Leichtigkeit der Legitimationsnachweisung. Hierin liegt ihre Eigentümlichkeit."

Die Leichtigkeit des Legitimationsnachweises ist das principale. Die Erleichterung des Verkehrs ist erst die Folge dieses principalen Zwecks. Es ist nicht gesagt, dass diese Folge stets bei der Ausgabe eines Inhaberpapiers allein beabsichtigt sein müsse. Der Wille des Ausstellers kann auch in erster Linie auf die Erleichterung der Legitimation gehen. Diesem Willen wird man aber immer Rechnung tragen müssen.

Eger[4]) wendet ein, wenn lediglich der Besitz des Billets entschiede, dann würde gegen die Absicht und das Wesen des Eisenbahntransports der Inhaber berechtigt sein, auch nach begonnener Reise überall unterwegs durch Übertragung des Billets einen Dritten zur Fortsetzung der Reise und zur Beförderung des Reisegepäcks zu legitimieren. Dieser Einwand würde aber, selbst wenn seine Voraussetzungen zuträfen, nichts gegen die Inhaberpapierqualität des Billets überhaupt beweisen, sondern er würde nur gegen die Ansicht wirken, dass die Fahrkarte auch nach Beginn der Reise noch Inhaberpapier bliebe. Er wird später noch berücksichtigt werden. Wenn aber Eger weiter gegen die Inhaberpapierqualität der Fahrkarte einwendet, dass es nicht richtig sei, dass ohne Billet kein Anspruch existiere, dass vielmehr der Nachweis, dass Zahlung des

[1]) Förster-Eccius VI. Aufl. Bd. 1 S. 371.
[2]) a. a. O. S. 307.
[3]) Thöl: Handelsrecht 6. Aufl. Bd. I S. 679.
[4]) Frachtrecht. Bd. III S. 373.

Fahrgeldes erfolgt sei, den Anspruch auf Beförderung zu begründen geeignet sei, so setzt er sich mit dieser Behauptung in direkten Widerspruch zu den klaren Bestimmungen der Verkehrsordnung. Der Anspruch auf Beförderung ist unabänderlich mit der Fahrkarte verbunden und kann nur mittels der Fahrkarte geltend gemacht werden. In einem dritten Punkt aber muss Eger beigetreten werden, dass das gestohlene Billet den Dieb nicht zur Fahrt legitimiere. Doch ist dies kein Argument gegen die hier vertretene Ansicht. Denn auch der unredliche Erwerber eines Inhaberpapiers ist nicht berechtigt, die Rechte aus demselben geltend zu machen. Art. 306, 307 H. G. B. Der Beweis freilich des Nichtrechts des unredlichen Erwerbers würde dem Unternehmer zur Last fallen.

Oben ist der Nachweis versucht, dass die Beförderungsleistung ihrem Wesen nach keine einheitliche ist, sondern dass sie sich aus Einzelleistungen zusammensetzt, und dass somit von dem Anspruch auf die Gesamtleistung Teilansprüche auf gewisse Quanten dieser Einzelleistungen übertragen werden können, folglich aus dem Wesen des Beförderungsanspruchs kein Hindernis entsteht, auch nach begonnener Reise den Anspruch auf die noch ausstehende Leistung zu übertragen. Dagegen war anzuerkennen, dass dem Willen des Unternehmers die Beförderungsleistung als einheitliche Leistung zu versprechen, sofern er unzweideutig zum Ausdruck gelangt, die Wirkung beigelegt werden muss, dass er die Teilcession ausschliesst. Bei dem Abschluss des Passagiervertrages, dem nur die Bestimmungen der Verkehrsordnung zu Grunde gelegt sind, gelangt aber dieser Wille nicht zum Ausdruck.

Da also weder das Wesen der Beförderung, noch die unzweideutig geäusserte Absicht des Unternehmers in diesem Normalfall der Teilübertragung des Beförderungsanspruchs entgegenstehen, so fehlt jeder Grund zu der Annahme, dass die Fahrkarte nach Antritt der Reise ihre rechtliche Natur als Inhaberpapier ändere. Wenn ein Teil der Beförderung geleistet ist, ist die Fahrkarte noch ebensogut Inhaberpapier über den noch ausstehenden Teil der Fahrt, wie vorher über die ganze Leistung. Ihre Übertragbarkeit ist also auch dann nicht beeinträchtigt.

Lautet die Fahrkarte auf einen bestimmten Zug, so bedarf es eines Zeichens auf der Fahrkarte nicht, dass die Leistung begonnen hat und wie viel geleistet ist. Dies ist vielmehr jederzeit erkennbar an der Stelle, bis zu welcher der Zug, mit dem allein die Beförderung verlangt werden kann, gelangt ist. Die geleisteten opera schreiben sich gleichsam selbstthätig von der Gesamtleistung ab. Mit dem Erreichen der Endstation ist die Karte völlig entwertet.

Giebt dagegen die Fahrkarte keinen bestimmten Zug an, mit dem die Beförderung allein verlangt werden kann, so steht es dem Inhaber frei, einen Zug zu wählen, mit dem er aber gemäss § 25 V. O. die Fahrt ununterbrochen (von einer unter besonderen Kautelen zulässigen Unterbrechung abgesehen) zu machen hat.

Wenn sich nun der Unternehmer davor schützen will, aus derselben Fahrkarte dieselbe Beförderung zum zweiten Mal an einen zweiten gutgläubigen Erwerber leisten zu müssen, so bedarf es eines Zeichens auf der Fahrkarte, dass die Leistung begonnen hat. Eines Zeichens, wie viel geleistet ist, bedarf es aber nicht, denn dies ist aus der Stelle, an der sich der einmal gewählte Zug befindet, für Jeden erkennbar. Da der Eisenbahnunternehmer die Leistung nur ohne Unterbrechung schuldet, so ist derjenige, welcher die mit dem Zeichen, dass die Beförderung begonnen hat, versehene Fahrkarte erwirbt, gleichfalls an den einmal von seinem Vormann gewählten Zug gebunden. In diesem muss er also die Fahrt fortsetzen. Der Eisenbahnunternehmer braucht aus derselben Fahrkarte die Fortsetzung der Beförderung nur mit dem Zuge zu leisten, mit dem der Beginn geleistet worden ist[1]).

Die Fahrkarten werden nun beim Beginn der Beförderung durchlocht. Diese Durchlochung macht also den Beginn der Leistung kenntlich. Damit wird aber auch kenntlich gemacht, dass die Fahrkarte für jeden andern Zug, als den einmal gewählten, entwertet ist. Wenn dieser Zug die auf der Fahrkarte angegebene Endstation erreicht hat, so ist die völlige Entwertung eingetreten. Wenn der Unternehmer dem Reisenden eine Unterbrechung der Reise gestattet, so bedarf es darum eines Vermerkes auf der Fahrkarte, der die völlige Entwertung derselben verhütet. Für diesen Fall bestimmt daher die Verkehrsordnung (§ 25), dass der Reisende auf der Zwischenstation, an der er den Zug verlässt, dem Stationsvorsteher seine Fahrkarte vorzulegen hat, um die weitere Gültigkeit auf ihr vermerken zu lassen.

Jedoch ist es möglich, dass der Eisenbahnunternehmer in einem in ausreichender Weise veröffentlichten Reglement für gewisse Arten von Fahrkarten, seien dies einfache oder Hin- und Rückfahrkarten, die Übertragung verbietet. Schon in diesem Fall, auch ohne dass die Fahrkarte selbst diese Bestimmung kenntlich macht, soll nach

[1]) Zu eng sagt Schneeli a. a. O. S. 77: „Dadurch erhält die Eisenbahn das Recht, einen jeden mit einem koupirten Fahrschein neu in den Zug Einsteigenden zurückzuweisen.“ — Dies ist vielmehr nur dann der Fall, wenn die Fahrkarte, auf die hin der Reisende in den Zug neu einsteigt, nicht in diesem Zuge koupiert ist.

einer Entscheidung des Strafsenats des Kammergerichts vom 5. Dezember 1884[1]) das Recht aus der Karte an eine bestimmte Person gebunden sein, so dass einem andern Inhaber nicht geleistet zu werden brauche. Einen Unterschied, ob dieser andere Inhaber gutgläubig sei oder nicht, macht die Entscheidung nicht, weil, sobald es feststehe, dass das Reglement eine derartige Bestimmung enthalte und dieses vorschriftsmässig publiciert sei, es eines weiteren, die Übertragbarkeit ausschliessenden Verbots nicht bedürfe, da der Reisende verpflichtet sei, die Gesetze zu kennen.

Dieser Grund trifft allerdings nicht zu, da Kenntnis der reglementarischen Bestimmungen nur von demjenigen verlangt werden kann, der auf das Reglement hin mit dem Unternehmer kontrahiert hat. Der zweite Inhaber kontrahiert aber nicht mit dem Unternehmer.

Indes ist die Ansicht des Kammergerichts, wenn auch aus anderen Gründen, zutreffend, sofern nämlich der Wille des Unternehmers dahin geht, jede Übertragbarkeit der Fahrkarte schlechthin auszuschliessen. Von dieser Voraussetzung geht auch das citierte Urteil aus.

Alsdann ist nämlich die gemäss dieser Reglementsbestimmung ausgegebene Fahrkarte kein vollkommenes Inhaberpapier. Wertpapier bleibt sie. Denn die Verwertung des Beförderungsrechts ist nach wie vor durch das Innehaben der Urkunde privatrechtlich bedingt. Obgleich aber auf dem Papier ein Berechtigter nicht genannt ist, so geht doch aus der im Reglement enthaltenen Erklärung des Unternehmers hervor, dass sein Wille nicht dahin geht, für jeden Erwerber ein selbständiges Forderungsrecht zu begründen, sondern berechtigt soll nur derjenige sein, an den die Fahrkarte in Ausführung des Passagiervertrages hingegeben worden ist. Nur will der Unternehmer sich die Schwierigkeit der Legitimationsprüfung sparen und nennt darum den allein Berechtigten auf dem Papier nicht, indem er sich dadurch vorbehält, an jeden Präsentanten mit befreiender Wirkung leisten zu dürfen.

Eine Fahrkarte, welche auf Grund einer solchen Bestimmung ausgegeben würde, müsste daher als unvollkommenes Inhaberpapier angesehen werden. Dass sie den Fahrkarten, welche vollkommene Inhaberpapiere sind, möglicherweise vollständig gleichen könnte, ist rechtlich nicht von Belang. Denn nicht die äussere Erscheinung, sondern der Wille des Ausstellers macht das Inhaberpapier. Eine Fahrkarte, die so als unvollkommenes Inhaberpapier ausgegeben ist,

[1]) Eger: Eisenbahnrechtliche Entscheidungen. Bd. IV S. 21.

kann wirksam nicht übertragen werden. Eines diesbezüglichen Vermerks auf der Fahrkarte bedürfte es nicht.

Ganz anders ist aber die Bedeutung der Bestimmung des Reglements zu fassen, welche die Unübertragbarkeit der Fahrkarte nur für den Fall ausspricht, dass die Beförderung bereits begonnen hat, dagegen die Übertragung vor begonnener Leistung zulässt, sofern diese Bestimmung aus der Fahrkarte selbst nicht ersichtlich ist.

Dann geht zunächst der Wille des Unternehmers dahin, dass, solange die Fahrkarte noch Wertpapier über die ganze Leistung ist, jeder Erwerber des Billets forderungsberechtigt sein soll. Die Fahrkarte ist also jedenfalls Inhaberpapier. Sie soll aber diese Eigenschaft nach dem Willen des Unternehmers in dem Moment verlieren, in welchem die Leistung begonnen hat. Von da ab soll forderungsberechtigt nur derjenige sein, welcher, durch die Fahrkarte legitimiert, die Reise angetreten hat. Eine trotzdem erfolgte Übertragung soll nicht mehr die Wirkung haben können, dass der Erwerber als selbständig zur Entgegennahme des Restes der Leistung legitimiert an die Stelle seines Vormannes tritt.

Der blossen auf Grund einer solchen Reglementsbestimmung zu stande kommenden Übereinkunft, welche nicht auf dem Papier selbst zum Ausdruck gebracht wird, darf aber m. E. die Wirkung nicht beigelegt werden, dass sie eine Urkunde, welche als vollkommenes Inhaberpapier ausgegeben ist, in dem Moment, der an und für sich nur für den Inhalt des Forderungsrechts aus dem Papier, nicht aber für die rechtliche Natur des Papiers von Bedeutung ist, in ihrem Wesen ändert; sie aus einem vollkommenen zu einem unvollkommenen Inhaberpapier umgestaltet. Wenn eine Fahrkarte nicht ausgegeben wird, so hat die vertragsmässige Übereinkunft, dass der Beförderungsanspruch nach begonnener Leistung nicht mehr übertragen werden soll, die Wirkung, dass die verbotswidrige Cession zwischen Cessionar und Schuldner keinerlei Rechte und Pflichten erzeugt, mag der Cessionar gutgläubig sein oder nicht.

Jetzt handelt es sich aber um einen Anspruch, der als Skripturrecht in einem Inhaberpapier verbrieft ist. Ein bestimmter Vorgang, der sonst diese Wirkung nicht hat, soll ihm die Eigenschaft als Skripturrecht nehmen. Dem widerstreitet das Wesen des Skripturrechts. Das Skripturrecht besteht lediglich nach Maassgabe des Wortlauts der Urkunde. Es endet auch nach der Angabe der Urkunde. Nur der Inhalt der Urkunde gilt als gewollt. Wenn in dem Vertrage auf Grund dessen die Urkunde über das Skripturrecht ausgegeben ist, ein Zeitpunkt bestimmt ist, in dem das Recht aus der Urkunde aufhört Skripturrecht zu sein, so muss die Urkunde selbst

dies sagen. Sonst muss das Recht bis zu seiner gänzlichen Konsumption Skripturrecht bleiben. Denn dies folgt aus dem Inhalt der Urkunde und dieser ist der massgebende Faktor allein.

Dem gutgläubigen Erwerber der Fahrkarte, auf die bereits ein Teil der Beförderung geleistet ist, kann nicht der Einwand entgegengestellt werden, dass ihn die Fahrkarte nicht als Forderungsberechtigten legitimiere, weil die Fahrkarte bereits ihre Inhaberpapierqualität eingebüsst habe. Denn der Inhalt der Urkunde ergiebt dies nicht. Der Kontrahent des Passagiervertrages darf die Fahrkarte nach begonnener Beförderung nicht mehr übertragen. Er ist vertragsmässig gebunden. Dem schlechtgläubigen Erwerber gegenüber wird der Eisenbahnunternehmer sich mit Recht auf das Übertragungsverbot berufen können; nicht aber gegenüber dem gutgläubigen Erwerber. Es bedarf keiner weiteren Ausführung, dass der vertragsmässigen Übereinkunft, dass die Fahrkarte nach Beginn der Leistung nicht mehr übertragen werden dürfe, der Umstand gleichsteht, dass die Beförderungsleistung als einheitliche versprochen ist. Auch dann soll die Übertragung des Transportanspruchs nach begonnener Leistung ausgeschlossen sein. Wenn daher Goldschmidt[1]) sagt, dass die Fahrkarte, welche Inhaberpapier sei, nach begonnenem Transporte nicht mehr beliebig übertragbar bleibe, sofern aus der Erklärung oder den Umständen hervorgehe, dass die Beförderungsleistung als einheitliche für die ganze Strecke gemeint sei, so hat er Recht, wenn er nur die vertragsmässige Gebundenheit des ersten Nehmers im Auge hat, nicht aber, wenn er damit sagen will, dass das Papier selbst nach begonnenem Transport seinem Wesen nach unübertragbar werde. Für die Rechte des gutgläubigen Erwerbers aus dem verbotswidrig übertragenen Papier bleibt der Gesichtspunkt des Inhaberpapiers entscheidend, d. h. der Einwand ex persona auctoris, dass dieser das Papier nicht mehr hätte begeben dürfen, greift gegen ihn nicht durch.

Andererseits darf man nicht wie v. Ihering[2]) in seinem vielbekämpften Aufsatz „Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen"

[1]) Goldschmidt: System des Handelsrechts. § 127 S. 189.

[2]) Jahrbücher für Dogmatik. Bd. XXIII S. 327 ff.

„Mit dem Erlös der Fahrkarte erwirbt der Reisende das Recht ganz nach seiner Wahl sie entweder selbst zu benutzen, oder sie einem Anderen zu überlassen, und wie dies für ein einfaches Billet gilt, so auch für das Retourbillet, und dafür begründet auch der Umstand, ob es für Hin- oder Rückfahrt benutzt werden soll, keinen Unterschied. Eine Verfügung der Eisenbahnverwaltung, welche die letztere Benutzungsweise verbietet, setzt sich mit den zweifellosesten Rechtsgrundsätzen in Widerspruch, und der Richter hat sie ebensowenig zu respektieren, wie Bestimmungen von Privaten, welche dem Rechte zuwiderlaufen."

davon ausgehen, dass die rechtliche Natur der Fahrkarte als Inhaberpapier die hier in Rede stehende Reglementsbestimmung jeder bindenden Kraft selbst gegenüber dem Kontrahenten des Eisenbahnunternehmers beraube. Das Entscheidende ist vielmehr, ob das Inhaberpapier das Übertragungsverbot selbst zum Ausdruck bringt. Nur der Wirksamkeit des auf dem Papier nicht kenntlich gemachten Übertragungsverbots dem gutgläubigen Erwerber gegenüber widerstreitet das Wesen des Inhaberpapiers. Der Kontrahent des Eisenbahnunternehmers macht sich durch die verbotswidrige Übertragung civilrechtlich haftbar. Gegen den schlechtgläubigen Erwerber wird der Einwand ex persona auctoris, dass dieser die Fahrkarte nicht mehr hätte begeben dürfen, durchgreifen. Man darf nicht wie v. Ihering dem pactum de non cedendis singulis operibus jede rechtliche Bedeutung schlechthin versagen.

Gewisse Arten von Fahrkarten enthalten nun ausser dem gewöhnlichen Inhalt den Vermerk „unübertragbar". Auch dieser Vermerk kann entweder bedeuten, dass die Übertragung der Fahrkarte schlechthin oder erst nach Beginn der Beförderung untersagt sein soll. Entspricht der Vermerk einer der beiden im vorstehenden besprochenen Reglementsbestimmungen, so ist er natürlich in deren Sinn zu verstehen. Fehlt dagegen eine solche Bestimmung des Reglements, so ist unter verständiger Würdigung aller in betracht kommender Umstände zu ermitteln, inwieweit der Unternehmer durch diesen Vermerk die Übertragbarkeit ausschliessen wollte. So nimmt man z. B. an, dass auf Hin- und Rückfahrtkarten der Vermerk „unübertragbar" nur besagen soll, dass derjenige, welcher die Reise mit der Fahrkarte angetreten hat, von da ab allein aus dem Fahrschein berechtigt sein solle, dass aber vor Beginn der Reise eine Übertragung zulässig sei[1]).

Ist eine der beiden Bestimmungen im Reglement enthalten, so kommt, wie wir sahen, bereits bei Abschluss des Passagiervertrags ein pactum de non cedendo bezüglich der Gesamtleistung bzw. der bereits begonnenen Leistung zu stande. Der Vermerk „unübertrag-

[1]) Siehe insbesondere Westrum a. a. O. S. 259: „Das ist nicht die Absicht der Bahnverwaltung und kann sie nicht sein, — trotz des schiefen Ausdrucks — jede Übertragung des Retourbillets zu hindern. Sonst würde niemand sich durch einen Dritten ein Retourbillet lösen lassen dürfen, ohne dass dieser Dritte dem Billeteur eine ausdrückliche Erklärung abgäbe, dass er in fremdem Namen und für wen er das Retourbillet löst." Ebenso Altsmann: Gruchot. Bd. XXX S. 110. Schneeli a. a. O. S. 83 ff. sehr ausführlich. Anders Eger: Das deutsche Frachtrecht. Bd. III S. 375: „Das Verbot gilt für den ersten Billetnehmer, also von der Lösung des Billets an." Im Folgenden werden diese beiden Ansichten in betracht gezogen werden.

bar“ hat also nur den Zweck, dieses pactum auf der Fahrkarte kenntlich zu machen. Fehlt dagegen die Reglementsbestimmung, so kommt dieses pactum erst mit Hingabe und widerspruchsloser Annahme der mit dem Vermerk „unübertragbar“ versehenen Fahrkarte zu stande[1]). Für die Wirksamkeit dieses pactum ist es aber offenbar gleichgültig, in welchem Moment es abgeschlossen wird, sofern der Abschluss nur rechtzeitig erfolgt, um noch für die rechtliche Natur der Fahrkarte massgebend zu sein. Es ist natürlich richtig, dass, wenn die Fahrkarte einmal als Inhaberpapier ausgegeben ist, eine nachträgliche Übereinkunft, dass das Papier nicht weiter gegeben werden soll, auf die volle Übertragbarkeit und damit auf das Wesen des ausgegebenen Papiers keine Wirkung haben kann und nur Verbindlichkeiten zwischen den beiden Kontrahenten erzeugt[2]). Enthält aber die Fahrkarte selbst den Vermerk, der zum Abschluss des pactum de non cedendo führt, so ist die Karte jedenfalls nur insoweit Inhaberpapier, als dies dem durch den Vermerk kundgegebenen und durch Annahme der Fahrkarte acceptierten Willen des Ausstellers entspricht.

Geht nun dieser Willen des Ausstellers dahin, dass die Übertragbarkeit der Fahrkarte schlechthin ausgeschlossen und nur der erste Nehmer aus der Karte berechtigt sein soll, so ist diese Fahrkarte, wie oben ausgeführt, unvollkommenes Inhaberpapier[3]). Ist nun der Abschluss des pactum de non cedendo nicht bereits bei Abschluss des Passagiervertrags erfolgt, dann hat der Vermerk „unübertragbar“ die Funktion, dass er das Zustandekommen eines pactum de non cedendo bezüglich der ganzen Leistung bewirkt. Damit ist aber auch seine rechtliche Bedeutung erschöpft. Ist die Fahrkarte hingegeben und angenommen, so kommt der Unübertragbarkeits-Vermerk nunmehr nur noch als Beurkundung der getroffenen Abmachung in betracht und macht die Eigenschaft der Fahrkarte als unvollkommenes Inhaberpapier somit kenntlich. In dieser Funktion ist er aber rechtlich überflüssig.

---

[1]) cfr. Entsch. des R. G. I. Straf-Sen. vom 7. II. 1887. Rechtsprechung des R. G. in Strafsachen. Bd. IX S. 114.

[2]) Ihering a. a. O.: „Der A verkauft dem B Inhaberpapiere, macht aber mit ihm aus, dass er dieselben an C nicht weiter begeben dürfe, für welchen Fall er sich vielmehr das Eigentum vorbehält. Welcher Jurist wird hier behaupten, dass dieser Vorbehalt giltig sei, dass A vom C das Inhaberpapier vindicieren könne. An die Stelle von A setze man die Eisenbahnverwaltung, an die von B den Käufer, an die von C den dritten Erwerber des Retourbillets, und die obige Frage ist enschieden.“

[3]) Ebenso Entsch. des Landgerichts Düsseldorf vom 6. XI. 1886. Eger: Eisenbahnrechtl. Entsch. Bd. V S. 108.

Der Umstand allein, dass die Parteien übereingekommen sind, dass eine Übertragung des Beförderungsanspruchs ausgeschlossen sein soll, genügt, um die gemäss dieser Übereinkunft ausgegebene Fahrkarte zu einem unvollkommenen, unübertragbaren Inhaberpapier zu machen. Einer Beurkundung auf dem Papier bedarf diese Abmachung nicht. Der Vermerk „unübertragbar" in dem hier in betracht kommenden weiten Sinne ist also nicht wesentlicher Bestandteil der Fahrkarte als unvollkommenen Inhaberpapiers.

Ist dagegen das pactum de non cedendo, sei es bei Abschluss des Passagiervertrages, sei es durch Hingabe und Annahme der als unübertragbar bezeichneten Fahrkarte nur bezüglich der bereits begonnenen Leistung geschlossen, so ist die fernere Bedeutung des Vermerks „unübertragbar" nicht die einer rechtlich unwesentlichen Beurkundung des Abschlusses. Diese Beurkundung auf dem Papier selbst dient vielmehr dazu dem pactum de non cedendis singulis operibus den vom Unternehmer gewollten Einfluss auf die Rechtsnatur der Karte zu geben. Der Unübertragbarkeits-Vermerk ist also wesentlicher Bestandteil der Fahrkarte selbst.

Wir sahen, dass ein pactum de non cedendis singulis operibus, der Fahrkarte, welche Inhaberpapier ist, diese Eigenschaft auch nach Beginn der Beförderung nicht nimmt, sofern diese Abmachung nicht auf der Fahrkarte kenntlich gemacht ist. Dies geschieht nun durch den Vermerk „unübertragbar". Auch durch diesen Vermerk wird nichts daran geändert, dass die Fahrkarte jedenfalls Inhaberpapier ist, so lange sie noch über den ganzen Transportanspruch lautet. Daraus, dass die Fahrkarte Inhaberpapier über den gesamten Transportanspruch ist, folgt aber durchaus nicht, dass sie darum dies auch bleiben muss, wenn die Leistung begonnen hat[1]). Der Ab-

[1]) v. Ihering's im vorhergehenden citierten Aufsatz geht von der petitio principiis aus, dass die Urkunde, die einmal Inhaberpapier ist, dies auch unabänderlich bleiben müsse. Amtsrichter Altsmann: „Die Weiterveräusserung von Retourbillets," Gruchot's Beiträge. Bd. XXX S. 110 hat diesen Irrthum v. Ihering's überzeugend dargelegt. Siehe auch Westrum: Juristische Wochenschrift. 1886 S. 259. Auch De Jonge tritt in den beiden sehr pathetischen Aufsätzen: „Die Unübertragbarkeit der Retourbillete" und „Retourbillet und kein Ende. "v. Ihering entgegen, doch von der irrigen Auffassung aus, dass das Wesen des Beförderungsanspruchs der Inhaberpapierqualität der Fahrkarte nach Beginn der Beförderung entgegensteht.

Eine eingehende, stellenweise allerdings unberechtigte Kritik De Jonge's bringt Schneeli a. a. O. S. 38 ff. S. 78 ff.

Im übrigen hat, soweit ich sehen kann, in der Litteratur nur die Ansicht v. Ihering's Bekämpfung gefunden, dass der Unübertragbarkeitsvermerk, welcher die Übertragung nach begonnener Leistung ausschliessen soll, unwirksam sei. Hierüber äussert sich Schneeli so eingehend, dass ich mich im Folgenden darauf beschränken kann, die in betracht kommenden Grundsätze kurz wiederzugeben.

machung, dass ein Anspruch von einem gewissen Zeitpunkt ab unübertragbar sein soll, stehen irgendwelche Hinderungsgründe nicht entgegen. Ebensowenig wird man aber den Parteien das Recht bestreiten können, sich dahin zu einigen, dass ein Inhaberpapier von einem bestimmten Zeitpunkt an unübertragbar sein soll, d. h., dass von diesem Zeitpunkt ab nur der die Rechte aus dem Papier geltend machen dürfe, der sich des Papiers in diesem Zeitpunkt bedient hat. Soll aber diese Abmachung gegen jeden Erwerber wirken, so muss sie auf dem Papier selbst zum Ausdruck gelangen. Ein zweites Postulat des Inhaberpapiers ist, dass auch der erfolgte Eintritt dieses Zeitpunkts aus dem Papier selbst hervorgehen muss. Die Abmachung wird kenntlich gemacht durch den Vermerk „unübertragbar". Den Beginn der Leistung kennzeichnet das Koupieren.

Das koupierte als „unübertragbar" bezeichnete Billet, kann nicht mehr als Inhaberpapier bezeichnet werden. Denn nunmehr ergiebt das Papier selbst, dass nur noch derjenige zur Geltendmachung des Beförderunganspruches berechtigt ist, der die Reise auf das Papier hin angetreten hat.

Schneeli meint allerdings, dass die Fahrkarte schon in dem Moment aufhöre Inhaberpapier zu sein, in welchem der Reisende den Zug besteigt, aus dem unzureichenden Grunde, dass auch der Fall eintreten könne, dass eine Reise begonnen und sogar beendigt werde, ohne dass der Schein koupiert sei[1]).

Es ist zweifellos, dass derjenige, welcher den Passagiervertrag mit dem Eisenbahnunternehmer geschlossen hat, die Fahrkarte nicht mehr begeben darf, sobald er mit derselben die Reise angetreten hat. Dem gutgläubigen Erwerber der Fahrkarte kann aber der Einwand,

---

Nur da brauchte die Darstellung eine ausführlichere Begründung, wo ich von den in der bisherigen Litteratur gewonnenen Resultaten glaubte abweichen zu müssen.

Dagegen ist bisher die im vorhergehenden behandelte Ansicht v. Ihering's dass eine die Übertragbarkeit der Fahrkarte ganz oder teilweise ausschliessende Reglementsbestimmung unwirksam sei, und dass der Vermerk „unübertragbar," welcher die Übertragbarkeit der Fahrkarte schlechthin ausschliessen will, auf die rechtliche Natur der Fahrkarte keinen Einfluss habe, in der theoretischen Litteratur weder bekämpft noch anerkannt worden. Die dem Verfasser zugänglichen Entscheidungen der Gerichtshöfe, welche in betracht kommen, sind unter dem Text citiert.

Bei diesem Teil der Darstellung handelte es sich nicht um neue Gesichtspunkte, sondern nur um die Anwendung feststehender Grundsätze auf den zu untersuchenden konkreten Fall.

[1]) Er sagt: „Die Umwandlung in ein persönliches Papier tritt in dem Augenblick ein, in welchem es dem Reisenden nicht mehr möglich ist den Zug zu verlassen" a. a. O. S. 89. In diesem Moment beginnt vielmehr nur die Verpflichtung des Reisenden die Fahrkarte nicht mehr zu begeben. Die Wirkung auf die Rechtsnatur des Papiers tritt erst durch das Koupieren ein.

dass sein auctor die Fahrkarte nicht mehr hätte begeben dürfen, dann mit Erfolg nicht entgegen gehalten werden, wenn sich der Umstand, welcher die Fahrkarte zu einer unübertragbaren machte, nicht aus der Fahrkarte selbst ergiebt. Nur der Inhalt der Fahrkarte selbst kann dafür massgebend sein, wann sie aufhört Inhaberpapier zu sein. Dies ist aber bei den nicht auf einen bestimmten Zug lautenden Fahrkarten nur dann der Fall, wenn der Beginn der Leistung durch das Koupieren auf der Fahrkarte selbst kenntlich gemacht ist.

Die Frage, was die Fahrkarte wird, wenn sie durch das Koupieren aufgehört hat, Inhaberpapier zu sein, ist nur dann schwierig zu beantworten, wenn man wie Schneeli den Begriff des unvollkommenen Inhaberpapiers nicht gelten lassen will.[1])

Von der richtigen Erkenntnis ausgehend, dass die Fahrkarte jedenfalls Wertpapier bleibt, gelangt er dazu, die als unübertragbar bezeichnete, koupierte Fahrkarte zu den Namenpapieren zu zählen. „Denn", so sagt er, „ebensogut, wie man ein Papier, welches die Inhaberklausel garnicht enthält, nur weil kein bestimmter Gläubiger angegeben ist, zu den Inhaberpapieren zählt, ebensogut kann man ein Papier, welches zwar keinen Namen trägt, aber auf einen ganz bestimmten Gläubiger hinweist, als Namenpapier ansehen".

De Jonge aber meint, dass die Fahrkarte aufhöre Wertpapier zu sein, und lediglich Beweismittel werde[2]). Das ist falsch. Die Fahrkarte bleibt aus den schon oben erörterten Gründen Urkunde über ein Privatrecht, dessen Verwertung durch das Innehaben der Urkunde privatrechtlich bedingt ist, also Wertpapier.

Den Berechtigten nennt es aber nicht, und darum kann es nicht Namenpapier sein. Trotzdem ist nur eine ganz bestimmte Persönlichkeit berechtigt die Leistung aus dem Papier zu verlangen. Somit ist die Fahrkarte nach dem Koupieren unvollkommenes Inhaberpapier. Allein der Umstand, dass der Berechtigte nicht genannt ist, muss genügen, um den Willen des Ausstellers kundzugeben, dass er sich das Recht vorbehält, seinerseits ohne Legitimationsprüfung an jeden Inhaber leisten zu dürfen. Warum es dazu eines ausdrücklichen Vorbehalts bedürfen sollte, wie Schneeli meint[3]), vermag ich nicht abzusehen. Es wäre anstandslos ausführbar, dass dem Reisenden die Verpflichtung auferlegt würde, bei Beginn der Reise die unübertragbare Fahrkarte mit seinen Namen zu zeichnen,

[1]) Schneeli a. a. O. S. 89: Eine schwierige Frage ist nunmehr die, welcher Art von Wertpapieren ein solcher Fahrschein angehört."

[2]) Die Unübertragbarkeit der Retourbillete. S. 16.

[3]) a. a. O. S. 89.

wie dies bei Rundreisebillets z. B. geschieht. Da dies nicht verlangt wird, sondern die Fahrkarte auf den Inhaber gestellt bleibt, so kann dies nur aus dem Grunde geschehen, weil der Unternehmer berechtigt bleiben will, an jeden Inhaber mit befreiender Wirkung zu leisten.

Wollte man streng konsequent verfahren, so müsste man dem Eisenbahnunternehmer das Recht einräumen, von jedem Reisenden, der auf eine koupierte, als unübertragbar bezeichnete Fahrkarte hin die Fortsetzung der Reise verlangt, den Nachweis fordern zu dürfen, dass er auch den bereits geleisteten Teil der Beförderung entgegengenommen habe. Dieser Legitimationsnachweis wird aber fast nie so schnell geführt werden können, dass dem Reisenden kein Schade aus der Verzögerung der Beförderung entsteht.

Wenn der Unternehmer nur dann zu der Leistung verpflichtet wäre, wenn ihm der Nachweis der Berechtigung geführt würde, so könnte dies die Quelle unendlicher Belästigung des reisenden Publikums werden.

Der Unternehmer wählt ein Wertpapier, das ihm erlaubt an Jeden zu leisten, dessen unredlicher Erwerb nicht offenbar ist.

Aus diesem Vorteil des Unternehmers darf aber nicht ein ungerechtfertigter Nachteil für den Passagier entstehen können. Schneeli [1]) will deshalb in Uebereinstimmung mit Westrum dem Eisenbahnunternehmer den Nachweis der mangelnden Berechtigung auferlegen. Dies geht m. E. zu weit. Nur davor muss der Reisende geschützt werden, dass für ihn die Unmöglichkeit des sofortigen Legitimationsnachweises das Recht auf Beförderung illusorisch macht. Darum muss es genügen, wenn man ihm den Legitimationsnachweis nach entgegengenommener Beförderung gestattet. Der Eisenbahnunternehmer kann die Persönlichkeit des Reisenden feststellen, und nachträglich den Beweis verlangen, dass er auch den Beginn der Beförderungsleistung entgegengenommen hat. Dieser Nachweis kann dem Passagier nachträglich nicht schwer fallen. Wohingegen dem Unternehmer es so gut wie nie möglich sein würde, den von Schneeli geforderten Nachweis der Nichtberechtigung des Reisenden zu führen.

Andere als Billigkeitsgründe lassen sich für die hier vertretene Ansicht ebensowenig wie für die gegnerische anführen.

Doch kann es, wie Schneeli treffend bemerkt, bei diesen im Interesse eines raschen Verkehrs geschaffenen Urkunden nicht darauf ankommen, eine den bisherigen allgemein anerkannten Gruppen von Wertpapieren genau angepasste Urkunde auszustellen.

---

[1]) a. a. O. S. 92.

Thesen.

I.

Der Vertrag über ein immaterielles opus ist nach dem Allgemeinen Landrecht nicht Werkverdingung.

II.

Vor Erlass des Beschlusses, der die Einleitung einer Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung anordnet, ist die Zustellung des Schuldtitels nachzuweisen.

III.

§ 809 Absatz 2 der Civilprocessordnung findet auch Anwendung auf einstweilige Verfügungen.

Lebenslauf.

Geboren bin ich, Heinrich Göppert, am 21. Dezember 1867 zu Breslau als zweiter Sohn des damaligen ausserordentlichen Professors der Rechte, späteren Geheimen Ober-Regierungsrats und vortragenden Rats im Kgl. Preussischen Ministerium für die geistlichen, Unterrichts- und Medicinalangelegenheiten Heinrich Göppert und dessen Ehefrau Gertrud geb. Landsberg.

Ich bin evangelischer Konfession.

Mit dem Reifezeugnis des Königlichen Wilhelms-Gymnasiums zu Berlin versehen, widmete ich mich von Ostern 1887 ab dem Studium der Rechte. Ich habe je 2 Semester an den Universitäten zu Heidelberg und Marburg und 3 Semester an der Universität zu Berlin studiert.

Am 16. Januar 1891 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung. Von dem Herrn Präsidenten des Königlichen Kammergerichts zum Referendar ernannt, trat ich meinen Vorbereitungsdienst am 4. Februar 1891 an.

Zur Zeit bin ich im Vorbereitungsdienste bei dem Königlichen Amtsgericht I zu Berlin beschäftigt.